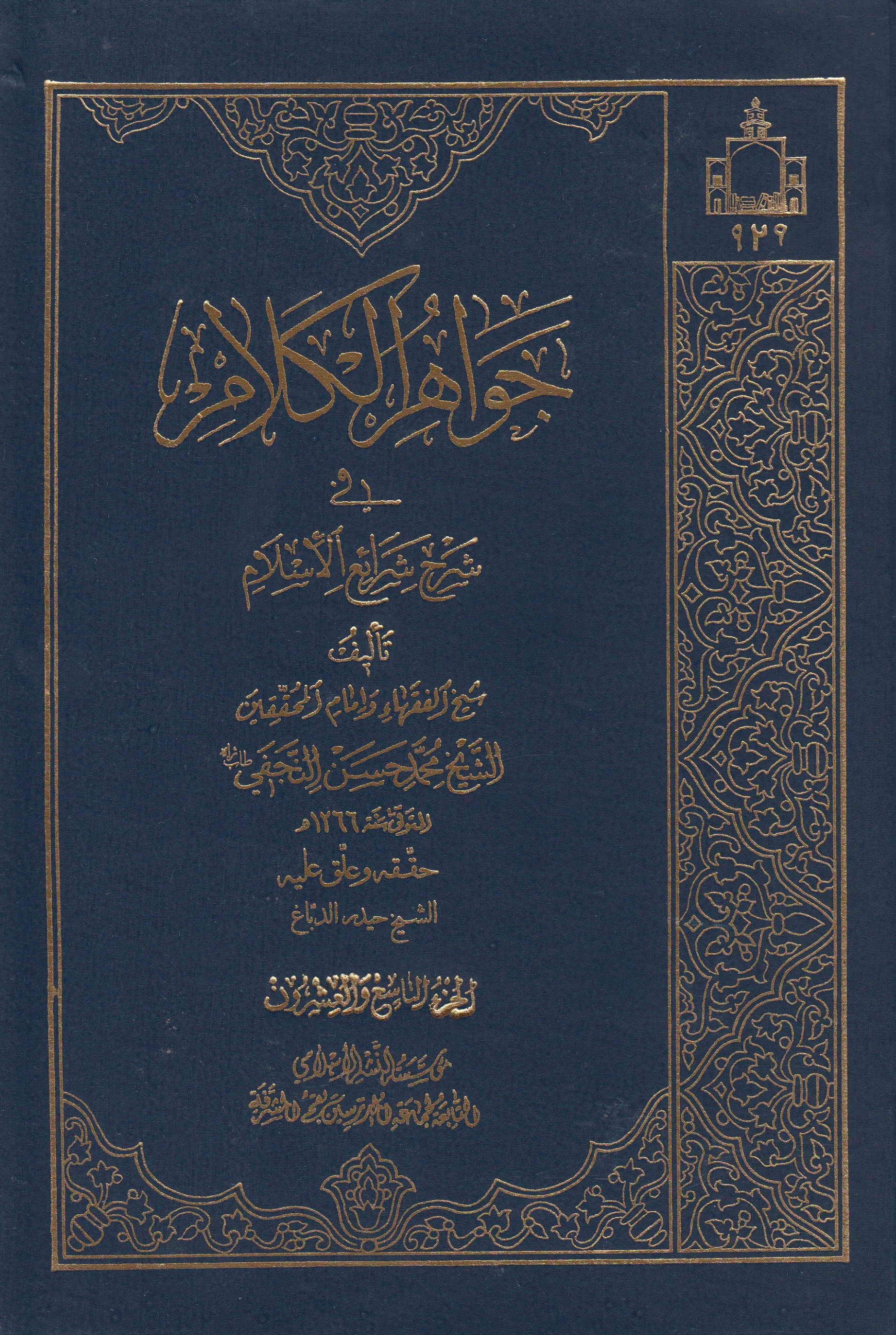
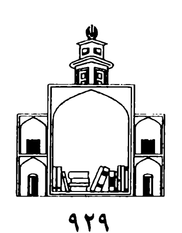

٩٢٩
جواهر الكلام
في
شرح شرائع الإسلام
تأليف
شيخ الفقهاء وإمام المحققين
الشيخ محمد حسن النجفي طاب ثراه
المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ
حققه وعلق عليه
الشيخ حيدر الدباغ
الجزء التاسع والعشرون
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٩٢٩



في

شرح شرائع الإسلام

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين

الشيخ محمد حسن النجفي رحمه الله

المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ

حقّقه وعلّق عليه

الشيخ حيدر الدبّاغ

الجزء التاسع والعشرون

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

سرشناسه: صاحب جواهر، محمّد حسن بن باقر، ۱۲۰۰؟ ـ ۱۲۶۶ ق. شارح.
عنوان قراردادی: شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
عنوان و نام پديدآور: جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام [محقّق حلی] / تأليف محمّدحسن النجفي؛ تحقيق مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة.
مشخصات نشر: قم: جماعة المدرّسين الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ۱٤۱۷ ق. = ۱۳۷۵.
مشخصات ظاهری: ۹۹٦ ص.
فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي؛ ۹۰۱، ۹۰۲، ۹۰۳، ۹۰۸، ۹۱٤، ۹۱۷، ۹۱۸، ۹۱۹، ۹۲٤، ۹۲٥، ۹۲۷، ۹۲۸، ۹۲۹.
شابك: دوره: ۹ ـ ۰۲۷ ـ ٤۷۰ ـ ۹٦٤ ـ ۹۷۸ ج ۲۹: ۰ ـ ۰٥۱ ـ ۱٤۳ ـ ٦۰۰ ـ ۹۷۸
يادداشت: عربي.
يادداشت: محقّق در جلد هفدهم، بيست و هفتم وبيست وهشتم و بيست ونهم كتاب حاضر حيدر الدباغ مى‌باشد.
يادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱٤۱۷ ق = ۱۳۷٥). يادداشت: ج. ۲۳ (چاپ اول: ۱٤۳۰ ق = ۱۳۸۸) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱٤ (چاپ دوّم: ۱٤۲۸ ق. = ۱۳۸٦). يادداشت: ج. ۲٤و۲٥و۲٦ (چاپ اول: ۱٤۳۱ ق = ۱۳۸۹) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱٥ (چاپ اوّل: ۱۳۸٥). يادداشت: ج. ۲۷ و۲۸ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۷ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦). يادداشت: ج. ۲۹ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۸ و۱۹ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦) (فيپا).
يادداشت: كتاب حاضر شرحی بر «شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام» أثر محقّق حلّي است.
يادداشت: كتابنامه.
موضوع: محقّق حلّي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ـ ـ نقد وتفسير.
موضوع: فقه جعفری ـ ـ قرن ۷ ق.
شناسه افزوده: دبّاغ، حيدر
شناسه افزوده: محقّق حلي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
شناسه افزوده: جامعه مدرّسين حوزه علميه قم. دفتر انتشارات اسلامی
ردەبندی كنگره: ۱۳۷٥ ٤۰۲۱٦ ش ۳ م / ۱۸۲ BP
ردەبندی ديويی: ۳٤۲ / ۲۹۷
شماره كتابشناسی ملی: ۱۰٦۹ ـ ۷٦ م

جواهر الكلام

(ج ۲۹)

■ المؤلّف: شيخ الفقهاء والمحقّقين الشيخ محمّد حسن النجفي رحمه‌الله □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق: فضيلة الشيخ حيدر الدبّاغ □
■ طبع و نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ الطبعة: الأولى □
■ عدد الصفحات: ۹۹٦ □
■ المطبوع: ٥۰۰ نسخة □
■ التاريخ: ۱٤۳۳ هـ. ق □
■ شابك ج ۲۹: ۹۷۸ـ٦۰۰ـ۱٤۳ـ۰٥۱ـ۰ □

ISBN 978 - 600 - 143 - 051 - 0

مؤسّسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

كتاب

الوقوف والصدقات

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

﴿كتاب الوقوف والصدقات﴾

﴿و﴾ تمام ﴿النظر﴾ فيه يحصل ﴿في العقد، والشرائط، واللواحق﴾:

[النظر] ﴿الأوّل﴾

﴿الوقف: عقد ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة﴾ كما في القواعد[1] والتنقيح[2] وإيضاح النافع[3] والكفاية[4] على ما حكي عن بعضها.

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٧.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤١٤.

(٤) كفاية الأحكام: الوقف / في العقد ج ٢ ص ٤ (قال: هو كلّ لفظ يدلّ عليه صريحاً، ومن الصريح فيه: وقفت...).

بل وفي النافع[١] واللمعة[٢] أيضاً لكن ترك ذكر العقد، كما هو المحكي عن المبسوط[٣] وفقه القرآن للراوندي[٤] والوسيلة[٥] والسرائر[٦] والجامع[٧] والمهذّب البارع[٨] ومجمع البرهان[٩] إلّا أنّه بتبديل الإطلاق بالتسبيل، كما في النبوي: «حبّس الأصل وسبّل المنفعة»[١٠].

إلّا أنّ المتأخّرين أبدلوه بالإطلاق؛ لما قيل من «أنّه أظهر في المراد من التسبيل الذي هو إباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرّف كيف شاء كغيره من الأملاك»[١١].

لكن في الصحاح: «سبَّل فلان ضيعته: أي جعلها في سبيل الله

---

(١) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٦.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٤.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٢٨٦.

(٤) فقه القرآن: الوقوف / كيفيّة الوقف ج ٢ ص ٢٩٠.

(٥) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٦٩.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف ج ٣ ص ١٥٢.

(٧) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٨) المهذّب البارع: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٤٧.

(٩) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤١٥.

(١٠) عوالي اللآلي: باب الديون ح ١٤ ج ٢ ص ٢٦٠، المسند (للشافعي): ص ٣٠٨، مسند الحميدي: ص ٢٩٠، تلخيص الحبير: ح ١٣١٠ ج ٣ ص ٦٧، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٦٢، سنن ابن ماجة: ح ٢٣٩٧ ج ٢ ص ٨٠١ بلفظ «الثمرة» بدل «المنفعة».

(١١) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ٩١، مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤١٥.

تعالى»[١]، ومن هنا كان التعبير بالتسبيل أولى ـ بناءً على إرادة ذلك من الإطلاق المقابل للتحبيس، كما هو مقتضى إبداله بذلك في المتن وغيره ـ لإشعاره باعتبار القربة حينئذٍ وأنّه من الصدقات كما في النهاية ومحكيّ[٢] المراسم[٣]: «أنّ الوقف والصدقة شيء واحد».

ولعلّه لذا عرّفه في الدروس بأنّه «الصدقة الجارية»[٤]، بل في المسالك[٥] ومحكيّ التذكرة[٦] والمهذّب البارع[٧] والتنقيح[٨]: «قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية الوقف».

وعلى كلّ حال، فقد ذكرنا غير مرّة[٩]: أنّ المقصود[١٠] من أمثال هذه التعاريف التمييز في الجملة؛ فلا ينبغي نقض تعريف المصنّف: بالسكنى وأُختيها والحبس[١١]، وتعريف الدروس: بنذر الصدقة والوصيّة[١٢]، ولا الجواب[١٣] عن الأوّل: بإرادة الحبس على الدوام.

↑ ج ٢٨ / ٣

وكأنّ الاختلاف في ذكر العقد وعدمه على نحو ما سمعته في

---

(١) الصحاح: ج ٥ ص ١٧٢٤ (سبل).

(٢) النهاية: باب الوقوف وأحكامها ج ٣ ص ١١٩.

(٣) المراسم: أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٧.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٣.

(٥) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٦ (الطبعة الحجرية).

(٧) المهذّب البارع: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٤٨.

(٨) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٢٩٩.

(٩) في ج ٢٣ ص ٣٣٤، و ج ٢٨ ص ٦ و٢٩١.

(١٠) في بعض النسخ بدلها: المراد.

(١١ و١٢) ذُكر هذان النقضان في مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣٠٩ و٣١٠.

(١٣) أجاب به ـ ولم يرتضه ـ في المسالك: (انظر الهامش السابق: ص ٣٠٩).

البيع [١] ونحوه من أنّها اسم للعقود أو للمعنى الحاصل منها وإن لم نقل بمشروعيّة المعاطاة فيه، أو لما تسمعه من الخلاف باعتبار القبول فيه وعدمه المقتضي للاختلاف في كونه عقداً أو لا، كما ستسمع.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿اللفظ الصريح فيه: وقفت﴾ بلا خلاف كما في المسالك [٢] ومحكيّ التذكرة [٣] وجامع المقاصد [٤]، بل في محكيّ السرائر [٥] والتحرير [٦] والتنقيح [٧] وإيضاح النافع [٨]: الإجماع على صراحتها فيه.

نعم، عن الشافعي في بعض أقواله: أنّها كناية عن الوقف [٩]، وعن الفاضل في التذكرة: أنّه من أغرب الأشياء [١٠].

ونفى الغرابة عنه بعض متأخّري المتأخّرين [١١]: باستعمال لفظ الوقف في مجرّد الحبس والسكنى والرقبى والعمرى في صحيحي

---

(١) في ج ٢٢ ص ٣٣١.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٧ (الطبعة الحجرية).

(٤) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٧.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥.

(٦) تحرير الأحكام: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٨٩.

(٧) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٠.

(٨) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤١٩.

(٩) انظر مواهب الجليل: ج ٧ ص ٦٤١، وقد ذكروا أيضاً الخلاف فيما لو أتى بلفظ الوقف بصيغة: «صدقة موقوفة» انظر مغني المحتاج: ج ٢ ص ٣٨٢.

(١٠) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٧ (الطبعة الحجرية).

(١١) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤١٩ ـ ٤٢٠.

ابن مهزيار[١] والصفّار[٢].

وفيه: أنّ الاستعمال مجازاً لا ينافي الصراحة المراد منها وضع اللفظ لذلك، كما هو واضح.

نعم، الظاهر أنّها الصريحة ﴿لا غير﴾ وفي بعض اللغات الشاذّة «أوقفت» ولا بأس بالعقد بها على شذوذها.

﴿أمّا﴾ لفظ ﴿حرّمت وتصدّقت﴾ فلا خلاف في عدم صراحتهما فيه كما اعترف به غير واحد[٣]، بل حكى الإجماع في المسالك[٤] ومحكيّ التنقيح عليه[٥] ﴿فلا يحمل على الوقف إلّا مع القرينة؛ لاحتماله[٦] مع الانفراد﴾ عن قرينة حال أو مقال ﴿غير الوقف﴾ لاشتراكهما بينه وبين غيره.

﴿و﴾ لكن ﴿لو نوى بذلك الوقف من دون القرينة دُيِّن بنيّته﴾ كما عن الخلاف[٧] والمبسوط[٨] والغنية[٩] والسرائر[١٠] وغيرها من كتب

---

(١) يأتي في ص ١١٩.

(٢) يأتي في ص ١١٩ ـ ١٢٠.

(٣) كالشهيد الثاني في موضع من المسالك: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٠، والطباطبائي في الرياض: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ٩٢ و٩٣.

(٤) مسالك الأفهام: (انظره في الهامش السابق: ص ٣١٢).

(٥) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٠.

(٦) في نسخة الشرائع: «لاحتمالهما» وفي نسخة المسالك: «لاحتمالها».

(٧) الخلاف: الوقف / مسألة ٨ ج ٣ ص ٥٤٢.

(٨) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٩) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦.

(١٠) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٥.

المتأخّرين[١]، بل لا أجد فيه خلافاً كما اعترف به بعض مشايخنا[٢]، بل ولا في أنّه يدان بنيّته إن لم يقصد الوقف بما هو صريح فيه إذا لم يكن له معارض.

لكن قد يشكل الأوّل: بعدم الاجتزاء بمثل ذلك في غيره من العقود اللازمة، بل المشهور فيما بينهم عدم انعقادها بالمجازات وإن كان خلاف المختار، إلّا أنّه على كلّ حال لابدّ من اعتبار الدالّ على القصد في حصول أصل العقد لا الحكم به؛ لأنّه المتيقّن من السببيّة، ولم نجد في المقام دليلاً مخصوصاً.

ج ٢٨ / ٤

ودعوى: أنّ هذا العقد ليس من الخطاب الذي يراد به إفهام الغير ـ حتّى يعتبر فيه ذكر القرينة ـ تستلزم الاكتفاء بذلك في غيره من العقود، فلاحظ وتأمّل.

وعلى كلّ حال، فالمراد من الإدانة بنيّته: هو إيكاله إلى دينه وقصده فيما بينه وبين ربّه، فيعامل كلّاً منهما معاملة حاله في الواقع مع فرض عدم المعارض.

﴿نعم، لو أقرّ أنّه قصد ذلك﴾ أي الوقف بالكناية ﴿حكم عليه بظاهر الإقرار﴾ في الظاهر، فيكون كالصريح حينئذٍ من هذه الجهة، وإن بقي حكم الإدانة بحاله في الواقع أيضاً، هذا.

---

(١) كتحرير الأحكام: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٩٠، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٩، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٤، وكفاية الأحكام: الوقف / في العقد ج ٢ ص ٤.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٢١.

وفي محكيّ التذكرة : «إذا أتى بالكناية فالمقترن الزائد عليه إمّا لفظ أو نيّة ، فاللفظ أن يقرن إليه : صدقة موقوفة ، أو محبّسة ـ إلى أن قال : ـ وأمّا النيّة فينظر : إن أضاف اللفظ إلى جهة عامّة كأن قال : تصدّقت بهذا على المساكين بنيّة الوقف ، فالأقرب إلحاقه بالصحيح[١] . وإن أضافه إلى معيّن فقال : تصدّقت عليكم أو عليك ، لم يكن وقفاً على الأقوى»[٢] .

وفي المسالك[٣] وغيرها[٤] : «انّ الفرق غير واضح» إلّا أنّه لم يحك عن التذكرة كما حكيناه ، وقد يقال : إنّ مراده ممّا حكيناه عنه عدم الحكم بوقفه وإن نواه ؛ لعدم ما يقتضي التأبيد .

ثمّ إنّه قد يظهر من عبارة المصنّف وما شابهها أنّ اللفظين صيغة واحدة للوقف ؛ باعتبار إفراد الضمير الراجع إليهما ؛ ولعلّه لذا قال في الدروس : «إنّ ظاهر الأصحاب يدلّ على أنّهما صيغة واحدة ، فلا تغني الثانية عن الأُولى ، وتغني الأُولى مع القرينة . ولو قال : جعلته وقفاً أو صدقةً مؤبّدة محرّمة كفى»[٥] .

لكن في المسالك : «أنّ ما ادّعاه من الظاهر غير ظاهر»[٦] .

---

(١) في المصدر بدلها: بالصريح.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٧ (الطبعة الحجرية).

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١١.

(٤) كجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٣.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً: ص ٣١٢.

قلت: قد عرفت الإشعار في المتن وماشابهه، نعم قد يناقش فيما ذكره من الفرق بين الأُولى والثانية: بأنّه لا دليل عليه، بل في محكيّ التذكرة: «وأمّا حرّمت هذه البقعة للمساكين، أو أبّدتها، أو داري محرّمة، أو مؤبّدة، فالأقرب أنّها كناية عن الوقف، فإن انضمّ إليها قرينة تدلّ على الوقف صارت كالصريح، وإلّا فلا»[١]. وكذا عن غيرها[٢].

↑ ج ٢٨ / ٥

نعم، حكى فيها عن أظهر وجهي الشافعيّة: المنع في حرّمت وأبّدت؛ لعدم استعمالهما مستقلّين وإنّما يؤكّد بهما غيرهما[٣].

وأمّا ما ذكره أخيراً فلا أجد فيه خلافاً، نعم في المسالك ـ بعد أن استحسنه ـ قال: «إلّا أنّ فيه خروجاً عن صيغة الوقف المنقولة، وظاهرهم عدم المسامحة في مثل ذلك، وإن كان الأقوى الاكتفاء في كلّ لفظ يدلّ على المطلوب صريحاً»[٤].

قلت: هو كذلك في غير المقام، أمّا فيه فمسامحتهم فيه في غاية الظهور، نعم هو ليس صريحاً في الاصطلاح الذي هو وضع اللفظ لخصوص المعنى.

﴿ولو قال: حبست وسبّلت، قيل: يصير وقفاً وإن تجرّد؛

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٧ (الطبعة الحجرية).

(٢) كالتنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠١، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٤.

(٣) الهامش قبل السابق.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٢.

لقوله صلى الله عليه وآله[(١)]: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[(٢)]﴾ فيكون صريحاً في الوقف، كما عن الخلاف[(٣)] والغنية[(٤)] والجامع[(٥)] والتذكرة[(٦)] والكيدري[(٧)]، بل في الأوّل: الإجماع عليه.

﴿وقيل: لا يكون وقفاً إلّا مع القرينة﴾ كما عن الأكثر[(٨)]؛ لعدم الوضع له، والاستعمال أعمّ ﴿إذ ليس ذلك عرفاً[(٩)] مستقرّاً بحيث يفهم مع[(١٠)] الإطلاق﴾ لا أقلّ من الشكّ، والأصل بقاء الملك.

﴿و﴾ لاريب في أنّ ﴿هذا أشبه﴾ بأصالة عدم النقل والانتقال وعدم ترتّب أثر الوقف وأحكامه، خصوصاً مع معلوميّة اشتراك كلّ منهما معنىً بين الوقف وغيره.

---

(١) في نسخة الشرائع: عليه السلام.

(٢) عوالي اللآلي: باب الديون ح ١٤ ج ٢ ص ٢٦٠، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٤ ص ٤٧، المسند (للشافعي): ص ٣٠٨، سنن النسائي: ج ٦ ص ٢٣٢، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٦٢، مسند الحميدي: ج ٢ ص ٢٩٠، تفسير القرطبي: ج ٦ ص ٣٣٩.

(٣) الخلاف: الوقف / مسألة ٨ ج ٣ ص ٥٤٢.

(٤) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦.

(٥) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٧ (الطبعة الحجرية).

(٧) إصباح الشيعة: كتاب الوقف ص ٣٤٥.

(٨) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٢٩٢، والراوندي في فقه القرآن: الوقوف / كيفيّة الوقف ج ٢ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، والعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥١، وولده في الإيضاح: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٧٧.

(٩) في نسخة المسالك ومتن نسخة الشرائع: عزماً.

(١٠) في بعض النسخ بدلها: عند.

والخبر إنّما يدلّ على حصول الوقف بهما معاً لا بكلّ واحد منهما، فيكون صريحاً في عدم صراحتهما التي هي بمعنى: وضع اللفظ للوقف الذي معناه مركّب من معناهما، كما هو واضح بأدنى تأمّل. بل هما معاً لايقومان مقام «وقفت» في الصراحة؛ لاشتراكهما بين الوقف بنيّته وبين الحبس، بل لعلّهما في الثاني أظهر، هذا.

وربّما توهّم[1] من عدم تعرّض المصنّف للقبول عدم اعتباره فيه، وكذا غيره.

ولكن فيه: أنّه يمكن اكتفاء المصنّف عنه بذكر كونه عقداً، ومن المعلوم اعتباره في معناه، وعدم ذكره بالخصوص لعدم النزاع في خصوص ألفاظ له؛ إذ هو ما يدلّ على قبول ذلك الإيجاب، ولذا ترك ذكره المصنّف فيما تقدّم من بعض العقود الجائزة المعلوم اعتباره فيه.

على أنّه سيأتي له التصريح بعدم اعتباره في خصوص ما إذا كان على جهة عامّة، وهو كالصريح في اعتباره فيه في غيرها، ونحوه غيره ممّن ذكره في قسم العقود، بل في جامع المقاصد[2] والمسالك[3]: إطباق الأصحاب على أنّه من قسمها. ↑ ج ٢٨ / ٦

مؤيّداً[4] ذلك كلّه: بمعلوميّة عدم دخول عين أو منفعة بسبب

(١) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٣.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١١.

(٣) المصدر قبل السابق.

(٤) كما في الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٥، وانظر الهامشين قبل السابق.

اختياري ابتداءً في ملك الغير من دون قبول .

مع أنّه لو كان لاتّجه كونه حينئذٍ من قسم الإيقاع فلا يبطله الردّ ، وهو منافٍ لما صرّح به جماعة [١] من البطلان به وإن لم نقل باشتراط القبول ، بل عن ظاهر الإيضاح [٢] وجامع المقاصد [٣]: «أنّه لا خلاف فيه بيننا ، وأنّ المخالف فيه إنّما هو بعض الشافعيّة» .

وحينئذٍ فعدم اشتراطه فيه مطلقاً ـ كما عساه يتوهّم من عدم ذكر جماعة له ـ في غير محلّه .

نعم ، قد صرّح المصنّف ومن تأخّر عنه ـ كالفاضل [٤] والشهيدين [٥] وغيرهم [٦] ـ بعدم الحاجة إليه في الوقف على الجهات العامّة ؛ لعدم القابل للقبول فيها ، ولما عساه يظهر من المحكي من صدقات أميرالمؤمنين عليه‌السلام و [٧] الزهراء عليها‌السلام والصادق عليه‌السلام [٨] المشتملة على ذكر

(١) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨، والتحرير: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٩٠.

(٢) حصل في النقل خلل؛ إذ عبارة الناقل ـ أعني العاملي في مفتاح الكرامة ـ واضحة الدلالة على أنّ الإيضاح ظاهره البطلان فيما لو ردّ الوقف، لا في نفي الخلاف عن ذلك، انظر إيضاح الفوائد: الوقف/في أركانه ج٢ ص٣٧٨، ومفتاح الكرامة: الوقف/في أركانه ج ٢١ ص ٤٣٦.

(٣) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١١.

(٤) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف/المقدّمة ج٢ ص٢٦٤، الروضةالبهيّة: كتاب الوقف ج٣ ص١٦٦.

(٦) كالكركي في حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٧٩.

(٧) في بعض النسخ بعدها إضافة: فاطمة.

(٨) وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٣، وانظر باب ١٠ منها ج ١٩ ص ١٨٦ و١٩٨، مستدرك الوسائل: انظر باب٦ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٤ ص ٥٠.

إنشاء الإيجاب بدون قبول، ولأنّ الأصل عدم اشتراطه بعد تناول المطلقات للمجرّد عنه.

إلّا أنّ الجميع كما ترى؛ ضرورة عدم اقتضاء الأوّل الصحّة بلا قبول، بل ـ بعد فرض الدليل على اعتباره ـ يتّجه عدم الصحّة فيها حينئذٍ.

على أنّ قبول الولي العامّ ـ كالحاكم أو منصوبه ـ ممكن، بل ربّما يستفاد من بعض الأدلّة الآتية في القبض الاكتفاء بقبول من يجعله قيّماً لها ولو نفسه، كالقبض.

ولعلّه على ذلك ينزّل ما وقع من صدقاتهم بناءً على أنّها من الوقف، لاقسم مستقلّ برأسه يثبت مشروعيّته من هذه الروايات؛ لخلوّها عن التصريح بكونه وقفاً، ولا بُعد في دعوى مشروعيّة مثل هذا التسبيل لهذه النصوص وإن لم أجد من احتمله.

وأمّا الأصل فيقتضي اعتباره لاعدمه؛ لما سمعت من أنّ مقتضاه عدم ترتّب الأثر، والمطلقات لا تتناوله بعد فرض الشكّ في معناه، وأنّه من قسم العقود ـ المعتبر فيها المعنى الارتباطي بين اثنين ـ أو لا.

بل من ذلك ينقدح: قوّة اعتباره مطلقاً على نحو غيره من العقود حتّى في الفوريّة والعربيّة وغيرهما؛ ضرورة ظهور النصوص أجمع في كونه قسماً واحداً. وقد عرفت المفروغيّة من اعتبار القبول فيه في الجملة؛ إذ القول بعدم اعتباره مطلقاً وأنّه فكّ ملك كالتحرير في غاية السقوط، بل لم نعرفه قولاً لأحد من المعتبرين، وإنّما يذكر احتمالاً

↑ ج ٢٨ / ٧

وتهجّساً.

فالوحدة المزبورة حينئذٍ تقتضي اعتباره أيضاً حتّى في الجهات العامّة بعد فرض مشروعيّته فيها على نحو مشروعيّة غيره من العقود فيها من الصدقة وغيرها، وإلّا كان للوقف معنيان: أحدهما عقدي والآخر إيقاعي، وهو منافٍ للوحدة المزبورة، كما هو واضح ونافع وموافق للذوق السليم.

نعم، قد يقال: إنّ الأصل يقتضي عدم اعتبار القربة في صحّته، وإن كان هو خيرة الفاضل في القواعد[1]؛ للأصل بعد اندراج فاقدها ـ بناءً على ما ذكرناه ـ في العقود المأمور بالوفاء بها[2]، وفي نحو قوله [عليه السلام]: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[3]، وقوله صلى الله عليه وآله: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[4]... ونحوها.

وإطلاق[5] الصدقة عليه في كثير من النصوص، بل لم يذكر فيما ورد ممّا أوقفوه عليهم السلام إلّا بلفظ الصدقة، ومن المعلوم اعتبار القربة فيها خصوصاً بعد الصحيحين: «لا صدقة ولاعتق إلّا ما أُريد به وجه الله (عزّوجلّ)»[6].

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) الكافي: الوصايا / ما يجوز من الوقف ح ٣٤ ج ٧ ص ٣٧، وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٧٥.

(٤) تقدّم في ص ١٣.

(٥) خبره قوله: «لا يقتضي ذلك» الآتي في الصفحة اللاحقة س ٨.

(٦) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ١ و٢ ج ٧ ص ٣٠، تهذيب الأحكام: ←

بل هو دالّ عليه في الفرض بناءً على إرادة الوقف منه أو ما يشمله، وإرادة نفي الصحّة فيه ـ كما هوالأقرب للحقيقة ـ لا الكمال، بل لو سلّم إطلاقها عليه من باب المجاز فهو من التشبيه البليغ أو الاستعارة المقتضيين للمشاركة في الأحكام الظاهرة التي لا شكّ في كون القربة منها.

مؤيّداً ذلك كلّه: بما صرّح به في وقوفهم: من وقوع ذلك منهم ابتغاء وجه الله.

لا يقتضي ذلك؛ ضرورة عدم اقتضاء شيء من ذلك أنّ الوقف جميعه من الصدقة، بل أقصاه أنّ منه ما يكون كذلك ـ وهو ما قصد به وجه الله تعالى، وهو الذي وقع منهم عليهم السلام ولذا أتبعوه بذلك ـ ولا دلالة فيه على اعتبارها في صحّته على وجهٍ بحيث لو وقف على ولده ونحوهم من دون ملاحظة القربة يكون باطلاً، مع أنّ مقتضى ما سمعته من الإطلاقات صحّته.

وما عن الغنية[1] والسرائر[2] من الإجماع على ذلك لم نتحقّقه؛ لخلوّ كثير من عبارات الأصحاب ـ المشتملة على بيان شرائطه ـ عنه. ↑ ج ٢٨ / ٨

نعم، قد يقال: باستفادة رجحانه في نفسه عند الشارع على نحو رجحان النكاح، وهو غير اعتبار النيّة فيه على وجهٍ يلحقه بالعبادات.

← الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٦٦ و٦٧ ج ٩ ص ١٥١، وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ و٣ ج ١٩ ص ٢٠٩ و٢١٠.

(١) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦ و٢٩٨.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٥ و١٥٧.

على بحث يأتي فيه: أنّه هل هو اسم للصحيح منه أو للأعمّ، وأنّ القربة في الصيغة أو في الإقباض... وغير ذلك ممّا لا يخفى على الفقيه ـ بأدنى ملاحظة ـ القطع بعدمه.

خصوصاً بعد معلوميّة عدم اعتبار ما يعتبر في الصدقة في الموقوف عليه من فقر ونحوه.

بل ستسمع ـ إن شاء الله ـ تصريحهم بجوازه على الكافر[١]، وبصحّة وقف الذمّي على البِيَع والكنائس[٢]، ومنه ومن العامّي المعلوم عدم صحّة عباداتهما لفقد الإيمان.

ولعلّه لذا وغيره اعترف غير واحد من المحقّقين[٣] هنا بعدم الدليل على الاشتراط هنا، وفي الأوّل ـ أي القبول ـ بأنّ الأولى اعتباره حتّى في الجهات العامّة؛ لما ظهر من ذلك.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ كثيراً من الكلمات هنا غير نقيّة، بل ظاهرة في التشويش من أهلها، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا يلزم﴾ عقد الوقف ﴿إلّا بالإقباض﴾ الذي هو القبض بالإذن، فلكلٍّ منهما حينئذٍ فسخه قبله.

وهذا لا ينافي كونه مع ذلك من شرائط الصحّة التي هي بمعنى ترتّب الأثر من ملك الموقوف عليه المنفعة وغيره، كما سيصرّح به المصنّف

---

(١) يأتي في ص ٦٩.

(٢) يأتي في ص ٧٩.

(٣) كالكركي في حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٧٨، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٤ ـ ١٦٥.

وغيره، بل فرّعوا عليه: البطلان بموت الواقف قبله وغيره.

ضرورة كون المراد هنا: بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامّة[١]، أو بيان أنّ وقوع العقد لايقتضي وجوب الإقباض الذي هو من شرائط الصحّة، وإن توهّم من نظير المقام، جمعاً بين قوله تعالى: «أوفوا...»[٢] وما دلّ على اعتباره في الصحّة التي هي بمعنى ترتّب الملك ونحوه، إذ هو ـ مع أنّه منافٍ لأصالة البراءة وغيرها ـ لا يوافق ما دلّ هنا على اعتباره ممّا هو كالصريح بل صريح في الإذن بالفسخ قبل حصوله، وأنّه لا إثم عليه:

قال صفوان في الصحيح: «سألت[٣] عن الرجل يوقف الضيعة، ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً لم يسلّمها إليهم ولم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها؛ لأنّهم لايحوزونها عنه وقد بلغوا»[٤].

↑ ج ٢٨ / ٩

(١) عمدة القاري: ج ١٤ ص ٤٩ ـ ٥٠، حلية العلماء: ج ٦ ص ٧، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ١٨٨، المجموع: ج ١٥ ص ٣٢٤، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٥١٤، شرح فتح القدير: ج ٥ ص ٤٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) في المصدر عُيّن المسؤول، وهو «أبوالحسن عليه السلام» كما سيأتي في ص ١٣٩.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣٦ ج ٧ ص ٣٧، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوقف ح ٥٥٧٣ ج ٤ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الوقوف ←

وعن الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن العمري عن صاحب الزمان (روحي له الفداء): «... وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه[1]؛ ما لم يسلّم فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلاخيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه ـ إلى أن قال: ـ وأمّا ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلّمها من قيّم يقوم فيها ويعمّرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤونتها ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها، إنّما لا يجوز ذلك لغيره...»[2].

لكن هما ـ كما ترى ـ غير صريحين بل ولا ظاهرين في اشتراطه في الصحّة بمعنى ترتّب الأثر الذي هو الملك ونحوه؛ ضرورة انطباق ما فيهما على كونه شرطاً في اللزوم، وتظهر الثمرة في النماء المتخلّل بينهما.

لكن في جامع المقاصد[3] والمسالك[4]: نفي الخلاف عن كونه شرطاً فيها مكرّراً، بل فيها[5] الإجماع على ذلك.

← والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ١٨٠.

(١) في المصدر بعدها إضافة: فكلّ.

(٢) الاحتجاج: توقيعات الناحية المقدّسة ص ٤٧٩ ـ ٤٨٠، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٨ ج ١٩ ص ١٨١.

(٣) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١١.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد، والشرائط ج ٥ ص ٣١٤ و٣٥٨.

(٥) المصدر السابق: ص ٣٥٨.

وإن كان قد يناقش: بما قد يظهر من الغنية من كونه شرطاً في اللزوم؛ حيث إنّه ـ بعد أن ذكر شرائط الصحّة ـ قال: «فأمّا قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه في ذلك فشرط في اللزوم»[١]. بل لعلّه صريحها بعد التأمّل في جميع كلامه، وحينئذٍ يكون هو معقد إجماعها.

بل لعلّه ظاهر اللمعة أيضاً؛ حيث ذكر أوّلاً أنّه «لا يلزم بدون القبض بإذن الواقف، فلو مات قبله بطل» إلى أن قال: «وشرطه التنجيز والدوام...»[٢] إلى آخره.

ولا دلالة في تفريعه البطلان بالموت قبله على إرادته الصحّة من اللزوم؛ إذ من المحتمل ـ بل الظاهر ـ كونه من العقود الجائزة فيلحقه حكمها من البطلان بالموت، ولو للنصوص[٣] الدالّة على ذلك في الصدقة بناءً على إرادة الوقف منها أو ما يشمله.

نعم، عبارة المصنّف وماشابهها محتملة: لإرادة الصحّة ـ بقرينة تصريحه بعد ذلك بكونه من شرائطها أو من شرائطه الظاهر في إرادتها أيضاً، واحتمال العكس بعيد ـ ولإرادة ما ذكرناه، أو لبيان أنّه متى كان شرطاً في الصحّة كان شرطاً في اللزوم.

أمّا من لم يكن له إلّا التعبير بكونه شرطاً في اللزوم، فلا ريب في ظهوره بترتّب الصحّة قبله، كالمحكي عن المبسوط[٤]

---

(١) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٤.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ و٥ ج ١٩ ص ١٧٨ و١٨٠.

(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٦.

↑ ج ٢٨ / ١٠

والخلاف[١] والسرائر[٢]، بل عن الأخيرين الإجماع عليه مضافاً إلى إجماع الغنية[٣]، وبذلك يظهر أنّ في المسألة قولين.

بل عن الوسيلة: أنّه جعل التسليم شرطاً في الصحّة إلّا إذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدّة حياته[٤].

وعن كافي أبي الصلاح: «إذا تصدّق على أحد الوجوه المذكورة وأشهد على نفسه بذلك ومات قبل التسليم، فإن كانت الصدقة على مسجد أو مصلحة فهي ماضية، وإن كانت على من يصحّ قبضه أو وليّه فهي وصيّة يحكم فيها بأحكام الوصايا»[٥].

وعن سلّار في المراسم عدم ذكره من الشروط أصلاً[٦].

وبذلك كلّه يظهر لك ما في المسالك[٧] والرياض[٨] وغيرهما[٩] من

---

(١) الخلاف: الوقف / مسألة ٢ ج ٣ ص ٥٣٩.

(٢) له عبارتان، إحداهما: «فإذا قبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك» والأُخرى: «فأمّا قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه في ذلك فشرط في اللزوم والصحّة» ثمّ ادّعى الإجماع. انظر السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٢ و١٥٦ و١٥٧.

(٣) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٤) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٦٩.

(٥) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٥.

(٦) المراسم: أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٧ ـ ١٩٩.

(٧) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد، والشرائط ج ٥ ص ٣١٤ و٣٥٨.

(٨) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ٩٧.

(٩) كجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٢، والحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٤٣.

المفروغيّة عن اشتراطه فيها؛ حتّى فيما حكوه[1] عن التنقيح من الإجماع على ذلك، مع أنّ التأمّل في كلامه[2] يقتضي إرادة دعواه على اعتباره في الجملة، لأنّه بعد ذلك بلا فاصلة معتدّ بها حكى[3] الخلاف فيه.

بل قد يقال: باقتضاء القواعد كونه شرطاً فيه لا فيها؛ جمعاً بين مايدلّ عليها بدونه من الإطلاقات وآية «أوفوا...»[4] وغيرها، وبين الخبرين السابقين.

وأمّا النصوص المتضمّنة لبطلان الصدقة بالموت قبل القبض: فمع أنّ الاستدلال بها مبنيّ على إرادة الوقف منها أو ما يشمله، لا تدلّ على اشتراطه في الصحّة وإن ذكره غير واحد[5]؛ إذ من الممكن ما سمعت من كونه عقداً جائزاً ينفسخ بالموت و[6]مثله ولو لهذه النصوص، والخروج عن ذلك في الصدقة غير الوقف لدليل لا يقتضي الخروج عنه في الوقف أيضاً.

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه، فالمتّجه كونه شرطاً كاشفاً لاجزء

---

(١) انظر الهامش قبل السابق.

(٢ و٣) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٢.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٩، والسبزواري في الكفاية: الوقف/ في الشرائط ج ٢ ص ٧ـ٨، والطباطبائي في الرياض: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ٩٨.

(٦) ليست في بعض النسخ.

سبب، كما حرّره في المسالك[١] وتبعه غيره[٢]؛ لما عرفت من وجود مقتضي الصحّة، فلا وجه حينئذٍ لجعل الثمرة في النماء المتخلّل، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلاخلاف[٣] ولا إشكال في أنّه ﴿إذا تمّ﴾ الوقف بجميع شرائطه المعتبرة فيه ﴿كان لازماً لايجوز الرجوع فيه إذا وقع في زمان الصحّة﴾ بل الإجماع بقسميه عليه عندنا[٤]، بل هو كالضروري من مذهبنا.

خلافاً لأبي حنيفة: فجوّز للواقف الرجوع به بل ولورثته إلّا أن يرضوا به بعد موته فيلزم، أو يحكم به حاكم[٥]، مع أنّ تلميذه أبا يوسف لمّا قدم إلى بغداد كان على قوله، ولكن حدّثه إسماعيل بن إبراهيم بن عليّة عن ابن عوف[٦] عن ابن عمر خلافه، فقال: هذا لايسع أحداً خلافه، ولو تناهى إلى أبي حنيفة لقال به[٧].

↑ ج ٢٨ / ١١

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٤.

(٢) كالسبزواري في الكفاية: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٧، والبحراني في الحدائق: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٤٣.

(٣) كما في غنيةالنزوع: في الوقف ص٢٩٨، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج٢ ص١٥٧.

(٤) ينظر الخلاف: الوقف / مسألة ١ ج ٣ ص ٥٣٧ و٥٣٨، ونهج الحقّ: في الهبات مسألة ٣ ص ٥١٠، ومسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٤، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٩ ج ٣ ص ٢٠٧.

(٥) الفتاوى الهندية: ج٢ ص ٣٥٠، عمدة القاري: ج ١٤ ص ٢٤، مجمع الأنهر: ج ١ ص ٧٣١، المجموع: ج ١٥ ص ٣٢٣، حلية العلماء: ج ٦ ص ٨ ـ ١٠، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٥١٢.

(٦) في المصدر: ابن عون.

(٧) مختصر اختلاف الفقهاء (للطحاوي): ج ٤ ص ١٥٨.

مع أنّ المحكي عن أبي حنيفة أنّه قال: إن أوصى بالوقف لزم في الثلث[١].

وفي الخلاف: «فتناقض؛ لأنّه جعل الوقف لازماً في ثلثه إذا أوصى به، ولم يجعله لازماً في حال مرضه المخوف إذا نجّزه ولم يؤخّره ولا لازماً في جميع ماله في حال صحّته»[٢]. وإن كان قد يفرّق بينهما بعد تسليم إرادة لزوم الوقف منه، فتأمّل، هذا.

ولكن للمفيد في المقنعة ماينافي بظاهره ما ذكرنا، قال: «الوقوف في الأصل صدقات لايجوز الرجوع فيها، إلّا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) بصلتهم، أو يكون تغيّر الشرط في الوقف إلى غيره أدرّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله، وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه، ولا يغيّر شرائطه، ولا نقله من وجوهه وسبله»[٣]. وعن ابن إدريس أنّه أطال في ردّه[٤].

ويمكن أن يكون ذلك منه بناءً على اعتبار بقاء صلاحيّة الموضوع للتقرّب في الموقوف، فيكون انتفاء الوصف المزبور حينئذٍ مقتضياً لانتفاء الموقوف عليه المقتضي لبطلان الوقف بناءً على مختاره من عدم

---

(١) الفتاوى الهندية: ج ٢ ص ٣٥٢، مجمع الأنهر: ج ١ ص ٧٣٢، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٢) الخلاف: الوقف / مسألة ١ ج ٣ ص ٥٣٨.

(٣) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٢.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٢ ـ ١٥٣.

اعتبار التأبيد فيه، والأمر سهل بعد وضوح الحال، والله العالم.

هذا كلّه لو وقع في زمان الصحّة.

﴿أمّا لو وقف في مرض الموت؛ فإن أجاز﴾ه ﴿الورثة﴾ نفذ من الأصل ﴿وإلّا اعتبر من الثلث﴾ لكونه حينئذٍ ﴿كـ﴾باقي منجّزاته من ﴿الهبة والمحاباة في البيع﴾ ونحوهما ﴿وقيل: يمضي من أصل التركة. و﴾ لاريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ كما أوضحنا ذلك مفصّلاً في كتاب الحجر[1] وكتاب الوصايا[2].

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو وقف ووهب وأعتق وباع فحابى[3]﴾ فمات ﴿ولم يجز الورثة، فإن خرج ذلك من الثلث صحّ، وإن عجز بدئ بالأوّل فالأوّل﴾ لأنّه هو السابق في التعلّق ﴿حتّى يستوفى قدر الثلث ثمّ يبطل ما زاد﴾.

خلافاً للمحكي عن الفاضل في المختلف: فبسط الثلث على الجميع، فارقاً بين المنجّزات والوصايا[4]. وضعفه واضح.

﴿وهكذا لو أوصى بوصايا﴾.

﴿ولو جهل المتقدّم قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه[5] ـ لكن فيما إذا أوصى ـ: ﴿يقسّم على الجميع بالحصص﴾

---

(١) في ج ٢٧ ص ١٢٣...

(٢) يأتي في ص ٩٥١.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: وحابى.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٢٨.

(٥) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٩.

لعدم الترجيح بعد قيام احتمال التقدّم ـ المعلوم كونه في أحدها ـ في كلّ منها ، وبذلك يكون الفرض كالمنجّزات التي لم يعلم التقدّم في أحدها المحكوم فيها بالاقتران ؛ لأصالة عدم تقدّم كلّ منها على الآخر ، كما هو قضيّة كلّ حادث اشتبه سبقه بآخر وتأخّره عنه .

↑ ج ٢٨ / ١٢

ولكن فيه ما لا يخفى عليك في المقيس والمقيس عليه ؛ ضرورة كون المتّجه في الأوّل القرعة ، ولذا قال المصنّف : ﴿ولو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسناً﴾ لأنّها لكلّ أمر مشتبه ، ولا ريب في أنّ الفرض منه .

بل لعلّ الأمر كذلك في المقيس عليه أيضاً إذا فرض عنوان الحكم في الشرع السبق والاقتران ولم يعلم أحدهما ؛ إذ الأصل لا يشخّص الثاني ، الذي هو من الحوادث والأصل عدمه ، فليس إلّا القرعة .

نعم ، لو قلنا : إنّ العنوان في الشرع السبق خاصّة ـ كما هو الظاهر ـ فمع عدم العلم يبقى الحكم على مقتضى إطلاق الوصيّة الذي هو التعلّق بالجميع ، فمع القصور يتّجه التقسيم حينئذٍ بالحصص ، لا القرعة ، كما سلف لنا غير مرّة في نظائر المقام ، بل قد ذكرنا جملة من ذلك في هذه المسألة في كتاب الوصايا(١) ، فلاحظ وتأمّل .

ثمّ إنّه لا يخفى عليك أنّه ليس في الشرع اعتبار كيفيّة خاصّة للقرعة بالنسبة إلى التعدّد والاتّحاد :

فله حينئذٍ تعدّدها في الثلاثة ـ التي في المتن مثلاً ـ مع فرض جهل

---

(١) في ص ٦٣٤.

الحال فيها على وجهٍ لم يعلم أنّها مترتّبة كلّاً أو بعضاً أو لا ، فيقرع أوّلاً لبيان اقترانها على السواء ، أو ترتّبها كذلك ، أو الاقتران في بعض والترتّب في آخر ، فإذا خرج أحدهما[1] أُقرع ؛ لتعرّف احتمالاته خاصّة إن كانت .

وله أن يقرع قرعة واحدة بثلاثة عشر ورقة على عدد الاحتمالات فيها ، وهي :

ترتّبها مع سبق الوقف ثمّ العتق ثمّ البيع ، أو مع تقدّم البيع على العتق ، وسبق العتق ثمّ الوقف ثمّ البيع ، أو مع تقدّم البيع ، وسبق البيع مع الصورتين ، فهذه ستّ .

ومقارنة اثنين منها ، وهي ستّ أيضاً : اقتران العتق والوقف سابقين وتأخّر البيع ، ولاحقين له ، وتقارن الوقف والبيع سابقين وتأخّر العتق ، ولاحقين له ، واقتران العتق والبيع سابقين وتأخّر الوقف ، ولاحقين له .

واقتران الثلاثة .

وله القرعة بكتابة سبع رقاع : في أحدها الوقف ، وفي الثانية العتق ، وفي الثالثة البيع ، وفي الرابعة الوقف والعتق ، وفي الخامسة الوقف والبيع ، وفي السادسة العتق والبيع ، وفي السابعة اجتماع الثلاثة ، ثمّ يخرج واحدة فإن ظهرت بأحد المنفردين قدّم ، وأخرج أُخرى فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره عمل به ثانياً واستغنى عن الثالث ،

↑ ج ٢٨ / ١٣

(١) الظاهر أنّ مرجع الضمير ما أشار إليه آنفاً من: الترتّب ـ كلّاً أو بعضاً ـ أو لا.

وإن ظهر السابق مع غيره و[١]الثلاثة اطّرحتا واُخرج غيرها كما ذكر، وإن ظهر أوّلاً رقعة الثلاثة أفاد الاجتماع، أو رقعة اثنين جمع بينهما سابقاً وحكم بتأخّر الثالث.

وبالجملة: فالمدار على كتبة رقاع تصحّ على جميع الاحتمالات، والله العالم.

﴿وإذا وقف شاةً كان صوفها﴾ الذي على ظهرها ﴿ولبنها الموجود﴾ في ضرعها ﴿داخلاً في﴾ما اقتضاه ﴿الوقف﴾ من تسبيل الثمرة ﴿ما لم يستثنه، نظراً إلى العرف كما لو باعها﴾ بلاخلاف أجده بين من تعرّض له من الفاضل[٢] والشهيدين[٣] والكركي[٤] وغيرهم[٥]، بخلاف الحمل، بل وبخلاف ثمرة النخل والشجر ونحوهما، فإنّه لاعرف يقتضي ذلك.

إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال بحسب ما نجده الآن، بل قد يشكّ في أصل الحكم حتّى مع التصريح؛ بناءً على عدم اقتضاء عقد الوقف تمليك نفس الثمرة، وإنّما اقتضاؤه ذلك بإدخال العين الموقوفة

---

(١) في المسالك ـ التي اُخذت العبارة منها ـ: أو.

(٢) تحرير الأحكام: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٩١، قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٤، الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٨، مسالك الأفهام: الوقف / في العقد ج ٥ ص ٣١٦.

(٤) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦٧.

(٥) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٦٧٧ ـ ٦٧٨.

في ملك الموقوف عليه، فتكون الثمرة نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرّف فيه ببيع ونحوه، بخلاف الثمرة.

ومن المعلوم أنّ ذلك إنّما يكون في النماء المتجدّد، دون ما حصل من النماء الذي هو ملك الواقف، فإنّه لا يتصوّر تملّكه من حيث التبعيّة المزبورة، كما هو واضح.

ودعوى: قابليّة عقد الوقف لنقلها ـ باعتبار كونها ثمرة ـ تقتضي قابليّته لها على جهة التسبيل حتّى مع الانفصال، وهو محلّ تأمّل، إلّا أنّ ظاهر من تعرّض المفروغيّة من قابليّته لذلك، كاقتضائه دخول باقي المنافع المتجدّدة في ملك الموقوف عليه، كالصوف واللبن المتجدّدين وعوض البضع وأُجرة الدابّة والعبد ونحوها، بل والنتاج المتجدّد كما نصّ عليه الفاضل[1]؛ لأنّه من فوائد الموقوف عليه، إلّا أن يشترط هو دخوله في الوقف فإنّه يكون حينئذٍ وقفاً كالأصل، كما نصّ عليه الفاضل في القواعد[2] ومحكيّ التذكرة[3]، وإن كان لا يخلو من نظر تقدّم في نظائره في كتاب البيع[4].

وأمّا أغصان الشجر الذي هو كالثمر فيها نحو شجر الخلاف: فهو أيضاً ملك للموقوف عليه؛ لأنّه من المنافع. بل لا يبعد دخول ماجرت

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤.

(٢) المصدر السابق.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٠ (الطبعة الحجرية).

(٤) في ج ٢٥ ص ٣٠٩ ...

العادة بقطعه كلّ سنة ممّا فيه إصلاح الشجرة والثمرة من تهذيب الأغصان وما يقطع من أغصان شجر العنب في الثمار، كما لا يبعد كونه من أجزاء الموقوف في حال ومن المنافع في حال آخر، مثل أطراف النخل حال كونها رطبة ويابسة، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ١٤

بقي الكلام في فروخ الأشجار المتجدّدة بعد الوقف: ولا يبعد أن تكون من نماء الوقف ومن فوائده إن كانت متولّدة منها نفسها، وإلّا فهي لمن يحوزها أو لمن كان بذرها له، هذا.

وعن التذكرة: اشتراط دخول اللبن المتجدّد في منافع الموقوف ـ على وجهٍ يدخل في ملك الموقوف عليه ـ بما إذا لم تكن العين موقوفة على جهة خاصّة لا يدخل فيها نحو ذلك؛ كما إذا وقف بقرة للحرث فإنّ الدرّ حينئذٍ يكون للواقف[1].

ومرجعه إلى جواز الوقف في بعض المنافع دون بعض، ولنا فيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) الهامش قبل السابق.

﴿النظر الثاني: في الشرائط﴾

﴿وهي أربعة أقسام﴾ :

القسم ﴿الأوّل: في شرائط الموقوف﴾

﴿وهي أربعة: أن تكون[1] عيناً مملوكةً ينتفع بها مع بقائها ويصحّ إقباضها﴾.

﴿فلا يصحّ وقف ما ليس بعين؛ كالدين﴾ معجّله ومؤجّله، على الموسر والمعسر ﴿وكذا﴾ الكلّي كما ﴿لو قال: وقفت فرساً أو ناضحاً أو داراً ولم يعيّن﴾ وإن وصفها بأوصاف معلومة، بل وكذا المنفعة؛ لأنّ العين تطلق في مقابلة الثلاثة التي لا يصحّ وقف شيء منها.

للشكّ في تناول أدلّة الوقف لذلك، ولاتّفاق الأصحاب ظاهراً، أو لأنّ المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[2] وما وقع

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: يكون.

(٢) تقدّم في ص ١٣.

من وقوفهم اعتبار فعليّة التهيّؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه، ولاريب في انعدام التهيّؤ فعلاً للكلّي المسلم فيه مثلاً.

ولذا لا تصحّ إجارته ولا غير الإجارة ممّا يقع على المنفعة؛ لعدم ملكها لمن يملكه. نعم، يصحّ بيعه والصلح عليه وغيرهما ممّا يقتضي نقله نفسه، بل وهبته إن لم يدلّ دليل على اعتبار الشخصيّة فيها، وتهيّؤه بعد القبض لايقتضي ذلك قبله الذي هو مورد العقد في الفرض.

↑ ج ٢٨ / ١٥ وأمّا وقف كلّي موصوف في الذمّة على نحو إجارته ـ الذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وكذا...» إلى آخره ـ فيمنعه:

أوّلاً: عدم صلاحيّة عقد الوقف لإثبات نحو ذلك في الذمم، كغيره من عقد الهبة والصدقة ونحوهما ممّا هو ليس عقد معاوضة، بل هو غير مملوك.

وثانياً: عدم تحقّق الحبس والتسبيل فعلاً، وتأخّره إلى التعيين منافٍ لاعتبار تنجيزه ومقارنة الأثر لسببه، وبذلك افترق عن الإجارة المقتضية لملك منفعة دابّة موصوفة عليه فعلاً، وتأخّر تعيّنها للوفاء لاينافي ذلك، كما لاينافي ذلك ملك عين الكلّي في ذمّته.

كلّ ذلك مضافاً إلى ما في جامع المقاصد: من دعوى الاتّفاق على ما في القواعد ـ من عدم صحّة وقف الدين والمطلق كفرس غير معيّن وعبد في الذمّة وملك مطلق[1] ـ قال: «والمراد بالأخير أن يقف ملكاً

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣.

من الأملاك أيّها كان ولا يشخّصه، ويجوز أن يراد به أن يقول: وقفت ملكاً ويقتصر على ذلك»[١].

قلت: قد يشكّ في عدم صحّة وقف عبد من عبيده المعيّنين على وجهٍ يكون الموقوف فيها واحداً منهم بخصوصه وشخصه على البدل على نحو مذهب الإماميّة في الواجب المخيّر، ويتعيّن حينئذٍ بالقرعة أو بتعيين الواقف، أو يكون الموقوف عبداً منها الصادق على كلّ منها، بل لعلّ هذا هو المتعيّن[٢] في الفرض على تقدير الصحّة؛ ضرورة عدم وقف كلّ منها بالخصوص على البدل، وإن جاز ذلك في الواجب المخيّر لغةً وعرفاً على وجهٍ لا يحتاج إلى تعيينٍ من الآمر ولا قرعةٍ، بخلافه في المقام المفروض فيه كون الموقوف أحدهما[٣] لا كلّ منهما[٤].

وفي محكيّ التذكرة عن الشافعيّة في أحد الوجهين: صحّته كصحّة عتق أحد العبدين[٥]. وربّما يشعر به اقتصار المصنّف وغيره[٦] على القسمين الأوّلين في التفريع على العين، اللّهمّ إلّا أن يريد ـ بقرينة قوله: «ولم يعيّن» ـ خصوص المفروض أو الأعمّ منه.

وفي مفتاح الكرامة: «قلّ من تعرّض لعدم الصحّة في ذلك، وأوّل من تعرّض له الفاضل في التذكرة»[٧].

---

(١) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٥.

(٢) في بعض النسخ: المتيقّن.

(٣ و٤) تحتمل بعض النسخ: أحدها... منها.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٣٢ (الطبعة الحجرية).

(٦) كالعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥١.

(٧) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦٤٦.

لكن في الرياض عن الغنية : الإجماع على عدم الصحّة في المنفعة والدين والمبهم[١].

وإن كنّا لم نتحقّقه ، وإنّما الموجود فيها[٢] وفي المحكي عن السرائر[٣]: الإجماع على كونه معلوماً مقدوراً على تسليمه مع بقاء عينه في يد الموقوف عليه .

مع أنّه يمكن إرادة إخراج نحو «وقفت شيئاً من أملاكي»، وبطلانه حينئذٍ للإبهام المحض الذي يشكّ معه في صلاحيّة كونه مورداً للعقد إن لم يظنّ العدم ، ولعلّه المراد من الملك المطلق في القواعد كما سمعته من جامع المقاصد في تفسيرها ، بل لعلّه المراد من اعتبار العلم فيما حكيناه عن الغنية والسرائر ؛ ضرورة إرادة إخراج فاقده أصلاً وهو المبهم المحض .

↑ ج ٢٨ / ١٦

وبالجملة : إن لم يكن إجماعاً فالقول بالصحّة لايخلو من وجه ، خصوصاً على المختار عندنا من صحّة وقف المشاع المنافي لدعوى اعتبار التشخّص ، ولتحقّق الحبس والتسبيل فعلاً في أحدهما كالوصيّة به لشخص ، والجهل بعينه لا يقدح بعد عدم اعتبار المعلوميّة فيه كالبيع والإجارة .

فتأمّل جيّداً ، فإنّه قد تكون المسألة مبنيّة على جواز ملك الكلّي في

---

(١) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١١٨.

(٢) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٥ و١٥٧.

الخارج بدون الإشاعة بناءً على أنّ الموقوف ملك للموقوف عليه، وقد تقدّم الكلام فيها في كتاب البيع وغيره[1]، والله العالم.

وأمّا عدم صحّة وقف المنفعة: فلعدم تصوّر الحبس فيها؛ ضرورة كونها مبنيّة على الاستيفاء شيئاً فشيئاً.

ودعوى: عدم اعتبار أصل التحبيس في الوقف، بل يكفي فيه تسبيل المنفعة كما عن أبي الصلاح[2].

يدفعها: ظهور النصّ والفتوى بخلافه، بل يمكن دعوى ضرورة المذهب أو الدين على ذلك، نعم نحو ذلك يشرع في السكنى والرقبى والعمرى، وهي غير الوقف كما هو واضح.

﴿و﴾ كيف كان، فلا إشكال كما لا خلاف بيننا في أنّه ﴿يصحّ وقف العقار والثياب والأثاث والآلات المباحة و﴾ نحو ذلك ممّا ﴿ضابطه: كلّ ما يصحّ الانتفاع به منفعة محلّلة مع بقاء عينه﴾ لا كمنفعة أعيان الملاهي ونحوها، ولا ما لا منفعة له أصلاً، أو لا منفعة له إلّا بإتلاف عينه كالطعام والشمع ونحوهما، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا[3]، بل الإجماع بقسميه عليه[4]؛ لإطلاق الأدلّة

---

(١) في ج ٢٣ ص ٦٧٨...، وج ٢٤ ص ٤١٤، وج ٢٧ ص ٥٦٧، وج ٢٨ ص ٥٣٨.

(٢) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٤.

(٣) كما في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٢٠.

(٤) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٠.

وينظر المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٧، والمهذّب: الوقوف / باب ←

وخصوصها في بعض.

نعم، عن أبي حنيفة: عدم جوازه في الحيوانات والكتب[١]، بل عن مالك في مطلق المنقول[٢]، وعن أبي يوسف: عدم جوازه إلّا في الأرض والدور والكراع والسلاح والغلمان تبعاً للضيعة[٣].

إلّا أنّها ـ كما ترى ـ مخالفة للنصوص من طرقنا وطرقهم عموماً وخصوصاً، والإجماع، والسيرة المستمرّة في وقف الحُصُر والقناديل والزوالي ونحوها.

↑ ج ٢٨ / ١٧

لكن هل يعتبر طول زمان المنفعة أولا؟ ظاهر الأكثر ـ كما اعترف به في الروضة[٤] ـ والنصوص: الثاني، فيصحّ حينئذٍ وقف ريحانة يسرع فسادها.

وربّما احتمل الأوّل[٥]، بل هو ظاهر جماعة[٦] وصريح محكيّ

← الوقوف ج ٢ ص ٨٧، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٤، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤.

(١) بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢٢٠، تحفة الفقهاء: ج ٣ ص ٣٧٨، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥١٠، حلية العلماء: ج ٦ ص ١٢.

(٢) العزيز: ج ٦ ص ٢٥١.

(٣) عمدة القاري: ج ١٤ ص ٥٢، حلية العلماء: ج ٦ ص ١٠ ـ ١١، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٥١٧، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٣٧، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢٢٠، شرح فتح القدير: ج ٥ ص ٤٩ ـ ٥٠.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٥.

(٥) كما في الروضة البهيّة: (انظر الهامش السابق).

(٦) كابن البرّاج في المهذّب: الوقوف / باب الوقوف ج ٢ ص ٨٦ ـ ٨٧، وقوّاه في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٤.

التذكرة[١] والتحرير[٢]؛ لدعوى الانسياق الممنوعة على مدّعيها، وللمنافاة للتأبيد المراد من الوقف الذي يدفعها معلوميّة عدم إرادة أزيد من عمر العين منه، وإلّا لم يصحّ وقف أبداً؛ لعدم عينٍ عمرها الأبد كما هو واضح.

وكذا لا يعتبر فعليّة النفع، بل يكفي تأهّله، فيصحّ وقف الفلو[٣] والجَحْش والعبد الصغار، بلا خلاف أجده[٤]؛ لإطلاق الأدلّة أيضاً.

﴿وكذا يصحّ وقف الكلب المملوك﴾ ككلب الصيد والماشية والزرع والحائط بناءً على ملكيّتها ﴿والسِّنَّور﴾ وغيرها من الحيوانات التي تدخل تحت الملك ولها منافع مقصودة محلّلة ﴿لـ﴾ـحصول مقتضي الصحّة حينئذٍ من ملك الأصل، و﴿إمكان الانتفاع به﴾ المحلّل مع بقاء العين.

نعم، لو قلنا بعدم ملكها وأنّ لصاحبها حقّ الاختصاص ولكن له الانتفاع بها، اتّجه حينئذٍ عدم صحّة وقفها بناءً على اعتبار ملك الأصل.

ولكن قد يشكل أصل اشتراط ذلك إن لم يكن إجماعاً على وجهٍ يخرج عنه الفرض، بل لعلّ قوله [صلى الله عليه وآله]: «حبّس الأصل وسبّل

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٣١ (الطبعة الحجرية).

(٢) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف ج ٣ ص ٣١٢.

(٣) الفَلُوّ ـ أو: الفِلْو ـ : المُهْر يفصل عن أُمّه: لأنّه يفتلي أي يفطم. مجمع البحرين: ج ١ ص ٣٣٢ (فلا).

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦٤١.

الثمرة»[١] يشمله ؛ إذ لا دلالة في الأصل على اعتبار كونه مملوكاً ﴿و﴾ هو واضح .

نعم ﴿لا يصحّ وقف الخنزير؛ لأنّه لا يملكه المسلم﴾ وكذا غيره من كلب الهراش ونحوه ممّا لا يدخل تحت يد المسلم على وجهٍ يملك منفعته ، بلاخلاف أجده فيه[٢].

أمّا الكافر فالأقرب صحّة وقفه له على مثله ـ كما في القواعد[٣] وغيرها[٤] ـ بناءً على صحّة الوقف منه ؛ لمعاملته معاملة الملك في حقّه.

والمراد بصحّة الإقباض في المتن : القدرة على تسليمه أو ما يشملها ؛ ولذا قال : ﴿ولا وقف الآبق لتعذّر التسليم﴾ مفرِّعاً له على ذلك .

وهو جيّد فيما يرجع منه إلى السفه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، أمّا إذا لم يكن كذلك فلا دليل على عدم جوازه ؛ لإطلاق الأدلّة التي ليس في شيء منها ما يقتضي مقارنة إمكان القبض للعقد في الصحّة بناءً على اعتبارها[٥] فيها ، بخلاف البيع المعتبر فيه عدم الغرر الذي هو بمعنى الخطر .

---

(١) تقدّم في ص ١٣ .

(٢) كما في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١١٩.

(٣) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣.

(٤) كالدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٨، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٦.

(٥) الأولى التعبير بـ«اعتباره».

وحينئذٍ فيقف الآبق ، فإن قبض بعد ذلك صحّ وإلّا فلا ، كما صرّح به ثاني المحقّقين[١] والشهيدين[٢].

وأولى بالصحّة وقفه على القادر على تسلّمه ؛ لحصول الإقباض من المالك الذي هو بمعنى الإذن فيه من جهته ، بل قد عرفت في كتاب البيع[٣] قوّة صحّة بيع مثله ، فضلاً عن وقفه.

↑ ج ٢٨ / ١٨

﴿وهل يصحّ وقف الدراهم والدنانير؟ قيل: لا﴾ يصحّ ﴿وهو الأظهر﴾ عند المصنّف ، وفاقاً لجماعة من القدماء[٤]، بل في الدروس عن المبسوط الإجماع عليه إلّا ممّن شذّ[٥]، والموجود في المحكي عنه[٦] وعن الغنية[٧] والسرائر[٨]: نفي الخلاف فيه ﴿لأنّه لا نفع بها[٩] إلّا بالتصرّف فيها﴾ وهو منافٍ للوقف المقتضي بقاء الأصل.

﴿وقيل: يصحّ﴾ كما أرسله في محكيّ المبسوط[١٠] ﴿لأنّه قد يفرض لها نفع مع بقائها﴾ كالتزيّن بها ورفع الذلّ ونحوهما ، فيتناولها

(١) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٨.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢١.

(٣) في ج ٢٣ ص ٦٣٤.

(٤) انظر الهوامش الثلاثة بعد الآتي، والمهذّب: الوقوف / باب الوقوف ج ٢ ص ٨٧، والوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٦٩، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٩.

(٦) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٨.

(٧) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

(٨) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٢ ص ١٥٤.

(٩) في نسختي الشرائع والمسالك: لها.

(١٠) تقدّم المصدر آنفاً.

حينئذٍ إطلاق الأدلّة.

ولعلّه لذا استشكل الفاضل في القواعد[1]، بل في محكيّ التذكرة: «أنّ أصحابنا تردّدوا»[2]، وفي محكيّ التحرير: «لو قيل بالجواز كان وجهاً»[3]، وفي المسالك: «أقوى»[4]، وفي الدروس[5] ومحكيّ التذكرة[6] والحواشي[7] وجامع المقاصد[8]: الصحّة مع المنفعة كالتحلّي ونحوه.

قلت: ويؤيّده الإجماع في الظاهر فضلاً عن النصوص ـ كما تقدّم في محلّه[9] ـ على جواز إعارتها، وهي كالوقف في اعتبار وجود المنفعة، واحتمال الفرق بينهما لا وجه له.

هذا كلّه في خصوص الدراهم والدنانير، أمّا إذا اتّخذت حُليّاً أو اتّخذ منها حليّاً فلا إشكال في جواز وقفها، وعن التحرير: «أنّه يصحّ

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٣٢ (الطبعة الحجرية).
(٣) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف ج ٣ ص ٣١٢.
(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢١.
(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٩.
(٦) تقدّم المصدر آنفاً.
(٧) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦٥١.
(٨) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٨.
(٩) في ج ٢٨ ص ٣١٣ و٣٤٠...

وقف الحليّ إجماعاً»[١].

﴿ولو وقف ما لا يملكه لم يصحّ وقفه﴾ مع عدم الإجازة قطعاً.

﴿ولو أجاز المالك﴾ قيل: لا يصحّ، لا لأنّ الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه؛ لأنّ الظاهر عدم الاختصاص.

بل لأنّ نيّة التقرّب شرط فيه ولا يقوم الغير مقام المالك فيها، ونيّتها حين الإجازة غير نافعة؛ إمّا لاشتراط المقارنة للصيغة، أو لأنّ تأثير نيّته في الصحّة غير معلوم والأصل بقاء الملك.

واختاره الكركي[٢] وفاقاً للمحكي عن المهذّب[٣] والجامع[٤] والتحرير في موضع[٥]، وكأنّه قال به أو مال إليه في الروضة[٦].

و﴿قيل: يصحّ؛ لأنّه﴾ بالإجازة صار ﴿كالوقف المستأنف، وهو حسن﴾ وفاقاً للمحكي عن التحرير في آخر[٧] واللمعة[٨] والحواشي[٩]

---

(١) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف ج ٣ ص ٣١٢.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٧.

(٣) المهذّب: الوقوف / باب الوقوف ج ٢ ص ٨٧ ـ ٨٨.

(٤) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٥) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الواقف ج ٣ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٦.

(٧) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف ج ٣ ص ٣١٢.

(٨) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٤.

(٩) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٣٩٢.

وشرح الإرشاد للفخر[١] والروض[٢] والمفاتيح[٣] وظاهر المسالك[٤] وغيرها[٥].

لأنّه قسم من الصدقة التي ثبت بالنصّ جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك ونحوه، والتقرّب بمال الغير عن الفاعل غير مشروع، أمّا عن الغير نفسه ففي الأدلّة ما يدلّ على مشروعيّته.

ج ٢٨ / ١٩

كلّ ذلك بناءً على اعتبار نيّة التقرّب فيه على وجهٍ يكون من العبادة، أمّا على القول بعدم اعتبارها أصلاً فلا ريب أنّ المتّجه حينئذٍ الصحّة.

﴿ويصحّ وقف المشاع﴾ بلا خلاف أجده فيه عندنا[٦]، بل الإجماع بقسميه عليه[٧]، بل نصوص التصدّق به مستفيضة أو

---

(١) شرح الإرشاد: الوقف / في الشرائط ص ٦٧ (مخطوط).

(٢) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٥١ ـ ٥٥٢.

(٣) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٠ ج ٣ ص ٢٠٨.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٢.

(٥) كقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣، وكفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٦.

(٦) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٠ ج ٣ ص ٢٠٨، ورياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٢٢.

(٧) نقل الإجماع في الخلاف: الوقف / مسألة ٧ ج ٣ ص ٥٤٢، وغنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦.

وينظر المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣، والمبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٨، وفقه القرآن (للراوندي): الوقوف / كيفيّة الوقف ج ٢ ص ٢٩٢، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٩.

متواترة[١]، فيدخل فيه الوقف أو يراد منه، بل في الغنية: «أنّه مورد قوله عليه‌السلام: (حبّس الأصل وسبّل الثمرة)[٢]»[٣].

فما عن الشيباني: من عدم الجواز لعدم إمكان قبضه[٤]، واضح الضعف؛ لما عرفت ﴿و﴾ لأنّ ﴿قبضه﴾ هنا ﴿كقبضه في البيع﴾ كما هو واضح، والله العالم.

بقي الكلام فيما يندرج في الضابط المزبور من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه عليه[٥]، وقد صرّح به الفاضل في قواعده[٦]، ووافقه عليه في جامع المقاصد[٧]؛ لأنّ العتق إنّما هو في الملك التامّ، بل عن غاية المراد الميل إلى ذلك أو القول به[٨]، هذا.

ولكنّ الإنصاف عدم خلوّه من النظر، وتسمع لذلك تتمّة ـ إن شاء الله ـ في صيرورة الأمة الموقوفة أُمّ ولد إذا وطئها الموقوف عليه فولدت منه، فتنعتق بموت السيّد ويؤخذ من تركته قيمتها للبطون المتأخّرة.

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٩٤.

(٢) تقدّم في ص ١٣.

(٣) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

(٤) عمدة القاري: ج ١٤ ص ٥٢، المبسوط (للسرخسي): ج ١٢ ص ٣٧، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢٢٠، المجموع: ج ١٥ ص ٣٢٧، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٣٨، الشرح الكبير: ج ٦ ص ١٨٩.

(٥) «عليه» الثانية ليست في بعض النسخ.

(٦) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٤.

(٧) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٩.

(٨) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٩.

وأمّا أُمّ الولد فالمتّجه عدم جواز وقفها بناءً على انتقال الموقوف للموقوف عليه ؛ لعدم جواز نقلها إلى الغير بجميع وجوه النقل ، أمّا على القول ببقائه على ملك الواقف فقد يقال بالجواز وتبقى حينئذٍ على الوقف إلى موت السيّد ، ولو مات ولدها قبله تأبّد وقفها وإلّا عتقت من نصيبه وبطل وقفها .

وفيه : أنّه منافٍ للتأبيد المعتبر فيه الذي يراد منه[1] بناؤه عليه من أوّل الوقف . اللّهمّ إلّا أن يمنع اعتبار ذلك ، أو يقال كما عن بعض الشافعيّة : من بقاء منافعها للموقوف عليه وإن تحرّرت ، كما لو آجرها ومات[2] .

وأمّا المدبّر فلا إشكال في جواز وقفه ، ويكون حينئذٍ رجوعاً عنه ؛ ولعلّه لذا حكي الإجماع عن التذكرة على جواز وقفه[3] .

نعم ، الظاهر عدم صحّة وقف المكاتب بقسميه ؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه ، كما عن التذكرة التصريح به[4] .

وأمّا العين المستأجرة والموصى بمنفعتها شهراً مثلاً ، فلا يجوز للمستأجر والموصى له وقفها ؛ لأنّه لا يملك إلّا المنفعة ، وقد عرفت عدم جواز وقفها .

---

(١) في بعض النسخ: به.

(٢) العزيز: ج ٦ ص ٢٥٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٣٢ (الطبعة الحجرية).

(٤) المصدر السابق.

↑ ج ٢٨ / ٢٠

أمّا المالك فلا بأس به ، والقبض يكون حينئذٍ بـإذن الآخـر أو إلى انقضاء تعلّقه .

نعم ، لو فرض مدّة الإجارة يستغرق عمر العين غالباً وتأبيد الوصيّة بالمنافع لم يجز الوقف ؛ ضرورة كون العين حـينئذٍ مسـلوبة المـنافع ، كضرورة عدم جواز الوقف في العين المملوكة التي تعلّق بها حقّ الرهن أو الدين لفلس ونحوه ، فالغرض من الملك في الضابط المزبور الخالي من نحو ذلك .

ويمكن أن يكون نظر المصنّف وغيره في خروج ذلك إلى ما تسمعه من شرائط الوقف ، والله العالم .

﴿القسم الثاني: في شرائط الواقف﴾

﴿ويشترط[1] فيه: البلوغ﴾ ولو بالعشر ﴿وكمال العقل وجـواز التصرّف﴾ ولعلّ الأخير مغنٍ عـن الأوّليـن ؛ ولذا اكـتفى فـي اللـمعة باشتراط الكمال[2]، وفي الدروس بأهليّة الوقف[3] [4]، وفـي مـحكيّ السرائر[5] والغنية[6] كونه مختاراً مالكاً للتبرّع به إجماعاً .

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ويعتبر.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٤.

(٣) في المصدر بدلها: الواقف.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٣.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥ و١٥٧.

(٦) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٦ و٢٩٨.

والأمر سهل بعد معلوميّة سلب عبارة الصبي وإن قلنا بشرعيّة عبادته وأنّ الوقف من العبادة، وسلب عبارة المجنون بقسميه، وأنّ المحجور عليه لفلس أو سفه لا يجوز له التصرّف المالي بعبادة أو غيرها.

بل قد يشكل صحّته منه مع الإجازة المتأخّرة بما عرفته سابقاً في الفضولي، اللّهمّ إلاّ أن يجعل ذلك من شرائط الصحّة كالقبض، فلا يمنع التقرّب بالصيغة حينئذٍ.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿في﴾ صحّة ﴿وقف من بلغ عشراً﴾ مميّزاً ﴿تردّد﴾ بل خلاف؛ فـ:

عن المقنعة: الأوّل[1]، وعن وصايا النهاية[2] والمهذّب[3]: جواز صدقته، بل في جامع المقاصد في الوكالة: أنّ المشهور جواز تصرّفه في الوصيّة والعتق والصدقة[4].

والمشهور[5]: الثاني، بل لعلّ عليه عامّة المتأخّرين[6]، بل لعلّ الخلاف منحصر في خصوص المفيد بناءً على إرادة ما لا يشمل الوقف

---

(١) المقنعة: الوصيّة / باب الأوصياء ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨.

(٢) النهاية: الوصايا / شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢.

(٣) المهذّب: الوصايا / باب شروطها ج ٢ ص ١١٩.

(٤) جامع المقاصد: الوكالة / في أركانها ج ٨ ص ١٨٤.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الواقف ج ٢٢ ص ١٨١.

(٦) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠، والمقداد في التنقيح: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٦ ـ ٣٠٧، وابن فهد في المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١٠، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧.

من «الصدقة» في كلامهم، بل ولا دليل عليه؛ ضرورة اختصاص خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الصدقة على وجه المعروف في البالغ عشراً[١]، وموثّق جميل عن أحدهما [عليهما السلام] في صدقة الغلام إذا كان قد عقل[٢]، وكذا موثّق الحلبي ومحمّد بن مسلم[٣] ﴿و﴾ من هنا قال المصنّف: ﴿المرويّ جواز صدقته﴾.

ج ٢٨ / ٢١

على أنّه في المسالك: «مثل هذه الأخبار الشاذّة المخالفة لأُصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم»[٤]، وفي جامع المقاصد: «لا تنهض معارضاً للمتواتر»[٥].

قلت: ولا ينافي ذلك جواز وصيّته ولو بالوقف؛ للنصوص المعمول بها بين معظم الأصحاب مع حرمة القياس.

﴿و﴾ حينئذٍ فلا ريب في أنّ ﴿الأولى المنع﴾ بل هو الأصحّ ﴿لـ﴾ ما عرفت، ومعلوميّة ﴿توقّف رفع الحجر على البلوغ والرشد﴾ ومن المعلوم عدم تحقّق الأوّل منهما ببلوغ العشر، ودعوى: كونه بلوغاً بالنسبة إلى خصوص ذلك واضحة المنع؛ ضرورة أنّ البلوغ

---

(١) الكافي: الوصايا / باب وصيّة الغلام ح ١ ج ٧ ص ٢٨، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الحدّ الذي إذا بلغه ح ٥٤٥١ ج ٤ ص ١٩٧، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ٢١١.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٨ ج ٩ ص ١٨٢، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ ص ٢١٢).

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٩، و«الوسائل»: ح ٣.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٣.

(٥) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٦.

مرتبة خاصّة لاتفاوت فيها في ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فلا إشكال في أنّه ﴿يجوز أن يجعل الواقف النظر﴾ في الموقوف ﴿لنفسه﴾ خاصّة ﴿ولغيره﴾ كذلك، ولهما معاً على الاشتراك والاستقلال، بل ولا خلاف[١] إلّا ما يحكى[٢] عن ابن‌إدريس، والموجود في محكيّ السرائر في عداد الشروط: «ومنها: أنّه لايدخله شرط خيار الواقف في الرجوع فيه، ولا أن يتولّاه هو بنفسه أو بغيره[٣] متى شاء هو»[٤].

وليست صريحة؛ ولذا نفى الخلاف عنه من دون استثنائه غير واحد[٥]، وقطع به آخر[٦]، ونفى الشبهة عنه ثالث[٧]، وإلّا كان محجوجاً بعموم الأدلّة وخصوصها.

بل مقتضى الإطلاق نصّاً وفتوى: عدم الفرق في ذلك بين كونه عدلاً أو فاسقاً كما صرّح به غير واحد[٨]، بل لم أجد فيه خلافاً[٩] وإن احتمله

---

(١) كما في مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٠، ومسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٤، والحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الواقف ج ٢٢ ص ١٨٢.

(٢) كما في التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٣) في المصدر بدلها: يغيّره.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦.

(٥) انظر هامش (١) من هذه الصفحة.

(٦) كالقطيفي في إيضاح النافع على ما نقله في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٧) كالكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٤.

(٨) كالعلّامة في التذكرة: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤١ (الطبعة الحجرية).

(٩) كما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٣٦.

في المسالك[١]، لكن في الرياض[٢] ـ تبعاً للكفاية[٣] ـ فيه قولان، ولم نتحقّقه.

نعم، قد صرّح غير واحد باعتبارها في غيره[٤]، بل في الكفاية: أنّه المعروف من مذهب الأصحاب[٥]، بل في الرياض دعوى حكاية الاتّفاق عليه[٦].

وإن كان فيه ما لا يخفى على المتتبّع، بل في محكيّ التحرير: «لو جعل النظر للأرشد عمل بذلك، ولو كان الأرشد فاسقاً فالأقرب عدم ضمّ عدل إليه»[٧].

↑ ج ٢٨ / ٢٢

وقال أيضاً: «لو جعل النظر لأجنبي عدل ثمّ فسق ضمّ إليه الحاكم أميناً، ويحتمل انعزاله بفسقه»[٨]. وحينئذٍ فالمتّجه عدم الفرق بين اشتراطها لنفسه ولغيره بالنسبة إلى ذلك.

وما في وقف سيّدنا أميرالمؤمنين عليه السلام: من اعتبار الرضا بهَديه وإسلامه وأمانته[٩]، لا يدلّ على اشتراط ذلك في أصل الناظر.

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٥.

(٢) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٢٩.

(٣) كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٣.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٧١، الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧، مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٦ ج ٣ ص ٢١٣.

(٥) انظر الهامش قبل السابق.

(٦) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٢٩.

(٧) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٤.

(٨) المصدر السابق.

(٩) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٣ ج ١٩ ص ١٩٩.

وعلى كلّ حال، ففي المسالك[١] وغيرها[٢] أنّه «إن عادت العدالة إليه عادت النظارة إن كان مشروطاً من الواقف». ونحو ذلك قد ذكروه في الوصي.

والظاهر اختصاص ذلك فيهما من بين العقود؛ لاقتضاء العموم في دليل مشروعيّتهما ـ من قوله عليه السلام: «الوقوف...»[٣] إلى آخره، وقوله تعالى: «فمن بدّله بعد ما سمعه...»[٤] إلى آخره ـ جواز ذلك وهو جعل العنوان الشخص الموصوف من حيث الوصف، ومن المعلوم عدم جواز مثل ذلك في الوكالة ونحوها على وجهٍ تدور وكالته مدارها وجوداً وعدماً.

ثمّ الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لايجوز له عزله مطلقاً؛ لعموم الأمر بالكون مع الشرط[٥]، وإن كان لا يجب على المشروط له القبول للأصل، بل لو قبل لم يجب عليه الاستمرار؛ لما في الدروس[٦] والروضة[٧]: من أنّه في معنى التوكيل.

وفي المسالك: «لأنّه غير واجب في الأصل فيستصحب، فإذا ردّ

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٥.

(٢) كالروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٥) يأتي في ص ١٨٢.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٧١.

(٧) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧.

صار كما لا ناظر له ابتداءً، فيتولّاه الحاكم أو الموقوف عليه، ويحتمل الحاكم مطلقاً؛ لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه، فعوده إليه يحتاج إلى دليل، بخلاف الحاكم فإنّ نظره عامّ»[١].

قلت: قد يناقش في جواز الردّ بعد القبول بإطلاق الأمر[٢] بالوفاء بالعقد من المتعاقدين وغيرهما ممّن له تعلّق بالعقد، والقبول بالنسبة إليه حينئذٍ رضاه بما اشترط له منه، ودعوى أنّه في معنى التوكيل كما ترى؛ ضرورة عدم الدليل وعدم القصد.

بل ربّما يومئ في الجملة إلى ما قلناه وجوب القيام بما تقتضيه النظارة عليه مع عدم الردّ لكونه من مقتضى العقد المزبور، بل وما ذكروه[٣] أيضاً: من أنّه إن اشترط الواقف له شيئاً من الثمرة عوضاً عن عمله جاز، وليس له أزيد منه وإن كان أقلّ من الأُجرة، وإن أطلق فله أُجرة مثل عمله إن لم يرد التبرّع؛ ضرورة ابتناء التزامه بالعوض القليل على كونه من مقتضى العقد اللازم الذي لا وجه ـ عند التأمّل ـ في جواز ردّه بعد قبوله مع أنّ المردود من أجزاء مقتضاه، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق.

↑ ج ٢٨ / ٢٣

ولو جعل النظارة لاثنين مثلاً اشتركا فيها على وجهٍ لا يجوز

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) مسالك الأفهام: (المصدر قبل السابق)، مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٦ ج ٣ ص ٢١٣، رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٣٠.

لأحدهما الاستقلال على ما صرّح به غير واحد[١].

ولا بأس به مع قصد الواقف ذلك؛ لعموم «المؤمنون...»[٢] و«الوقوف...»[٣] المقتضي جواز جميع الصور المتصوّرة في المقام: من الاستقلال والاشتراك في الجميع والبعض... وغيرها ممّا لم يكن فيها مانع من الشرع.

ولكن هل يحمل على الاشتراك المزبور بمجرّد تعدّد الناظر؟ لا يخلو من إشكال، كالإشكال في استقلال الآخر لو مات أحدهما أو انعزل بفسق ونحوه، كما أوضحنا ذلك في الوصي الذي لا مقتضي للفرق بينه وبين الناظر في مثل هذه الأحكام التي مرجعها إلى فهم معنى أو عموم دليل... أو نحو ذلك.

ومنه يعلم ما في المسالك من أنّه «لو اختصّ أحدهما بالعدالة أو بقي عليها، ضمّ إليه الحاكم حيث لا يكون منفرداً، أو انضمّ إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدّم»[٤]، فلاحظ وتأمّل.

ثمّ إنّ وظيفة الناظر مع الإطلاق: ما يتعارف من ذلك من العمارة والإجارة وتحصيل الغلّة وقسمتها على مستحقّها وحفظ الأصل... ونحو ذلك ممّا لا يجوز لغيره، بعد فرض اشتراط النظر المنصرف عرفاً

---

(١) كالشهيد الثاني في الروضة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧.

(٢) يأتي كاملاً في ص ١٨٢.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٦.

إلى تولّي شيء من ذلك .

وفي التوقيع : «... وأمّا ما سألت عن أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ، فيسلّمها من يقوم بها ويعمّرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤونتها ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا ، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيعة ، لا يجوز ذلك لغيره ...»[1].

لكن في المسالك الإشكال في ذلك من وجهين :

↑ ج ٢٨ / ٢٤

«أحدهما : ما لو كان الموقوف عليه متّحداً ، إمّا ابتداءً أو لاتّحاده في بعض الطبقات اتّفاقاً ، فإنّه مختصّ بالغلّة ، فتوقّف تصرّفه فيها على إذن الناظر بعيد ؛ لعدم الفائدة ، خصوصاً مع تحقّق صرفها إليه بأن تكون فاضلة عن العمارة وغيرها ممّا يقدّم على القسمة ، نعم لو أشكل الحال توقّف على إذنه قطعاً ؛ لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأُمور المتقدّمة على اختصاص الموقوف عليه» .

«وثانيهما : الأوقاف العامّة على المسلمين ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كلّ من الموقوف عليه بالثمرة إذا مرّ بها كأشجار الثمار ، فإنّ مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرّف أحد منهم في شيء منها إلاّ بإذن الحاكم ، ولا يخلو من إشكال وتفويت لكثير من أغراض الواقف ، بل ربّما دلّت القرينة على عدم إرادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كلّ واحد من أفراد تلك الجهة ، فكأنّه في قوّة

---

(١) تقدّم في ص ٢١.

جعل النظر إليه».

«لكنّ هذا كلّه لا يدفع الإشكال؛ لما تقدّم من أنّه بعد الوقف ـ حيث لا يشترط النظر لأحد ـ يصير كالأجنبي وينتقل الحكم إلى الحاكم، فلاعبرة بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعيّة، وجعل مثل هذا الإطلاق نظراً إلى كلّ واحد في حيّز المنع».

«وبالجملة: فهذه القواعد الشرعيّة المتّفق عليها لا تدفع بمثل هذا الخيال، وينبغي أن يقال: إنّ المتصرّف على هذا الوجه يأثم خاصّة، ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الأُمور المتقدّمة على صرفها إلى الموقوف عليه، وكذا القول في تصرّف الموقوف عليه المتّحد، أمّا المتعدّد فلا؛ لأنّ قسمتها وتمييز حقّ كلّ واحد من الشركاء يتوقّف على ناظر، فيكون كالتصرّف في المال المشترك بغير إذن الشريك، فتستقرّ في ذمّته حصّة الشريك من ذلك، ولم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء، فينبغي تحرير النظر فيه»[1].

إلّا أنّه من غرائب الكلام؛ ضرورة أنّه لا استبعاد في توقّف تصرّف الواحد على إذن الناظر مع فرض اشتراطه من الواقف على هذا الوجه؛ لأنّ «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[2].

كما أنّه لا وجه لدعوى توقّف المنتفع بثمر شجر أو ماء بئر أو ظلال أو نحو ذلك ـ ممّا يراد من وقفه الانتفاع لمن يمرّ به ـ على إذن الحاكم؛

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٢) تقدّم في ص ١٧.

إذ هو وإن كان ناظراً مع الإطلاق إلّا أنّه فيما لم يبحه المالك بوقفه له على هذا الوجه.

ودعوى: أنّه أجنبي مع فرض أنّه وقف على هذا الوجه، غريبة، وأغرب منها دعوى الإثم بالتناول المزبور وإن ترتّب عليه الملك؛ لمنافاته السيرة المستمرّة، وللمعلوم من قصد الواقف بوقفه على هذا الوجه، ولما ورد في النصّ من أحقّيّة السابق من غيره... ولغير ذلك.

ج ٢٨ / ٢٥

وكذا لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين المتّحد والمتعدّد مع فرض تراضي الشركاء فيما بينهم بالقسمة، فإنّ الناظر لا مدخليّة له في ذلك إلّا أن يشترط الواقف، كما هو واضح.

بقي الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله: ﴿فإن لم يعيّن﴾ الواقف ﴿الناظر، كان النظر إلى الموقوف عليهم[1] بناءً على القول بالملك﴾ ونحوه في القواعد[2] ومحكيّ التحرير[3] والجامع[4] وغيرها[5].

وإليه يرجع ما عن جماعة: من إطلاق كونه للموقوف عليهم[6].

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: عليه.

(٢) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠.

(٣) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٤.

(٤) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٤ ـ ٣٥.

(٥) كإيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٤، والتنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٦ ج ٣ ص ٢١٣.

(٦) كالماتن في المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٧، والعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٢.

وما في المسالك من أنّه «إن جعلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه مطلقاً فالنظر إليه، وإن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيّناً ولله تعالى إن كان على جهة عامّة، فالنظر في الأوّل للموقوف عليه، وللحاكم الشرعي في الثاني»[1].

وكذا غيرها[2] ممّا صرّح فيه: بتولية الحاكم إن كان عامّاً، وإن كان على معيّن وليه بنفسه.

لمعلوميّة ابتناء ذلك على كونه في العامّ لله أو للفقراء، وعلى كلّ حال فالوليّ الحاكم.

لكن لم نعرف لهم دليلاً يعتدّ به مع فرض إرادة أحكام الناظر المشترط الذي تمضي إجارته على الأعقاب ونحوها. وكون العين والمنفعة ملكاً لهم ما داموا أحياءً لا يقتضي إثبات مثل هذه الولاية لهم.

نعم، لهم تناول ما هو ملك لهم من دون استئذان، ولهم التصرّف في تنميته وإصلاحه... ونحو ذلك ممّا هو من توابع الملك، وليس لهم إهماله كما يهمل المالك ملكه، كما أنّه ليس لهم النظر فيه على وجهٍ يمضي على البطون المتأخّرة.

ومن ذلك يظهر لك قوّة ما حكاه في الدروس عن بعضهم: من احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق في الوقوف كلّها؛ لتعلّق حقّ

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٤.

(٢) كاللمعتين، انظر الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٧.

البطون المتعاقبة[١] بناءً على إرادته ما ذكرناه ـ بقرينة تعليله ـ لا مطلق التصرّف بها وتناول ثمرتها ... ونحو ذلك ممّا لا ينافي حقّ البطون أو كان فيه مصلحة لها، بل يمكن تنزيل إطلاق الكلمات على ما ذكرناه من التفصيل.

وأمّا احتمال أنّه للمالك ـ لأنّ النظر والملك كانا له، فإذا زال أحدهما بقي الآخر ـ فإنّه وإن حكاه في الدروس[٢]، بل احتمله الفاضل في محكيّ التذكرة[٣]، إلّا أنّه في غاية الضعف؛ ضرورة خروج الواقف بعد وقفه وصيرورته كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك، وإنّما كان له ما له تبعاً لملكه وقد زال، كما هو واضح، والله العالم.

ج ٢٨ / ٢٦

﴿القسم الثالث: في شرائط الموقوف عليه﴾

﴿و﴾ قد اشتهر فيما بينهم[٤] أنّه ﴿يعتبر[٥] في الموقوف عليه شروط أربعة[٦]﴾ الأوّل: ﴿أن يكون موجوداً﴾ والثاني: أن يكون ﴿ممّن يصحّ تملّكه[٧]، و﴾ الثالث: ﴿أن يكون معيّناً، و﴾ الرابع: ﴿أن

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤١ (الطبعة الحجرية).

(٤) ينظر المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٧، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٥) في بعض النسخ: يشترط.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأُشير إليها في هامش المعتمدة ـ: ثلاثة.

(٧) في نسختي الشرائع والمسالك ـ وأُشير إليها في هامش المعتمدة ـ: يصحّ أن يملك.

لا يكون الوقف عليه محرّماً﴾.

بل في محكيّ الغنية[١] والسرائر[٢]: الإجماع على كونه معروفاً متميّزاً يصحّ التقرّب بالوقف عليه وهو ممّن يملك.

بل فيه[٣] أيضاً ومحكيّ المبسوط[٤]: نفي الخلاف عن عدم صحّته على المعدوم الذي لم يوجد بعدُ والحمل والعبد.

بل في الأخير أيضاً: أنّ الذي يقتضيه مذهبنا: أنّه لا يصحّ الوقف على المجهول والمعدوم[٥].

كلّ ذلك مضافاً إلى معلوميّة اقتضاء الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة أو هي مع العين، والمعدوم وغير القابل للملك لا يصلح لذلك؛ لعدم صلاحيّتهما للقبول الذي قد عرفت اعتباره فيه.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو وقف على معدوم ابتداءً لم يصحّ، كمن وقف[٦] على من سيولد له﴾ مثلاً ﴿أو على حمل لم ينفصل﴾ فإنّه وإن كان موجوداً وصحّت الوصيّة له وعزل الميراث له، إلّا أنّه بحكم المعدوم بالنسبة إلى الوقف.

للإجماع المزبور.

---

(١) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧ و٢٩٨.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ص ١٥٦ و١٥٧.

(٣) المصدر السابق: ص ١٥٦.

(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢.

(٥) المصدر السابق: ص ٢٩٣.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: يقف.

أو لعدم قابليّته للملك إلّا ما خرج بناءً على صحّة الوصيّة له بمعنى التمليك الاختياري الفعلي ـ ولو بقبول وليّه بناءً على ثبوت الولاية له قبل التولّد ـ لا الوصيّة العهديّة أو التمليكيّة المتأخّر قبولها من وليّه عن تولّده؛ فإنّ ثبوتهما لا يقتضي صحّة الوقف.

﴿أمّا لو وقف على معدوم﴾ قابل لذلك بعد وجوده فضلاً عن الحمل ﴿تبعاً لموجود﴾ قابل لعقد الوقف ومقتضاه من التملّك للمنفعة ﴿فإنّه يصحّ﴾ بلا خلاف فيه[1]، بل الإجماع بقسميه عليه[2]، والنصوص بعمومها[3] وخصوص صدقاتهم[4] مستفيضة أو متواترة فيه؛ على معنى: تملّكه بعد وجوده مرتّباً ﴿و﴾ مشاركاً.

↑ ج ٢٨ / ٢٧

نعم ﴿لو بدأ بالمعدوم ثمّ بعده على الموجود﴾ لم يصحّ على المعدوم قطعاً لما عرفت، ولكن هل يقتضي ذلك بطلان العقد رأساً؟

﴿قيل:﴾ هو كذلك، فـ ﴿لا يصحّ﴾ حينئذٍ حتّى بالنسبة إلى الموجود كما هو المشهور[5]، وفي المسالك: نسبته إلى المصنّف

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ١٨٩، ومفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

(٢) نقل الإجماع في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٣٠ ـ ١٣١.

وينظر غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦، والوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١١ ج ٣ ص ٢٠٨.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٧٥.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٩٨.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٥٥.

والمحقّقين[١]؛ لأنّ اللازم من الصحّة أحد اُمور ثلاثة معلومة البطلان، وهي: إمّا صحّة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوع الوقف المشروط، أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف؛ ضرورة أنّه حال الوقف إن لم يكن موقوف عليه فهو الأوّل أو الثاني، وإن فرض أنّه البطن الثاني فهو الثالث.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ خلافه ومبسوطه: ﴿يصحّ على الموجود﴾:

قال في الأوّل: «إذا وقف على من لايصحّ الوقف عليه مثل العبد أو حمل لم يوجد أو رجل مجهول وما أشبه ذلك، ثمّ بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال، وبعد ذلك على الفقراء، بطل الوقف فيما بدأ بذكره؛ لأنّه لا يصحّ الوقف عليهم، وصحّ في حقّ الباقين؛ لأنّه لا دليل على إبطاله، ولا مانع يمنع منه»[٢].

وقال في الثاني ما حاصله: أنّه مبنيّ على صحّة تفريق الصفقة التي اعترف بالقول بها، ثمّ إن كان من بطل الوقف في حقّه لايمكن اعتبار انقراضه كالوقف على معدوم أو مجهول صرفت منفعة الوقف إلى من صحّ في حقّهم في الحال، وإن كان ذلك ممكناً كالعبد ففي صرفها إليهم أيضاً وعدمه ـ بل تصرف إلى الفقراء والمساكين إلى انقراض العبد

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٨.
(٢) الخلاف: الوقف / مسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٤٤.

فترجع إليهم ـ قولان [١].

وعن يحيى بن سعيد في الجامع موافقته في الصحّة في حقّ الباقين [٢].

وكأنّه مال إليه في غاية المراد؛ حيث أجاب عن دليل الأوّل بالتزام «أنّ هناك موقوفاً عليه وهم البطن الثاني، فإن أمكن اعتبار انقراض الأوّل اعتبر ذلك في جواز انتفاع البطن الثاني لا في نفوذ الوقف، والنماء حينئذٍ للواقف أو ورثته كمنقطع الوسط، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه، ويقال فيهما: إنّه لمّا كان المصدّر به محالاً كان شرط الواقف كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال، واتّباع شرطه إنّما يلزم لو كان سائغاً، وبطلان الوقف إنّما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنّه موجود قطعاً والواسطة غير صالح [٣] للمانعيّة» [٤].

↑ ج ٢٨ / ٢٨

وفيه: ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ أنّه مبنيّ على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذي قد تقدّم الكلام فيه في محلّه [٥]، بل في المسالك: أنّه منافٍ أيضاً لاعتبار إخراج الواقف نفسه عن الوقف ـ ولو وفاء دين أو غلّة سنة ـ في صحّة الوقف، وتشبيهه له بمنقطع الوسط ردّ له إلى

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠.

(٣) في المصدر: غير صالحة.

(٤) غاية المراد: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٢٧.

(٥) في ج ٢٤ ص ٣٩٤.

المتنازع ؛ فإنّه بمثابة منقطع الأوّل فيما بعد الانقطاع ، وإن أراد فيما قبله فالفرق واضح [١].

وبذلك ظهر لك حينئذٍ : صلاحيّة الواسطة للمانعيّة ﴿و﴾ أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده بعد وضوح الفرق بينه وبين تبعيض الصفقة التي يساويها وقف الشاة والخنزير مثلاً ، أو الوقف على العبد مثلاً وزيد ـ الذي صرّح الأكثر بجوازه في الثاني في النصف ـ لتوجّه القصد في الأوّل إليهما فيصحّ في الجامع ويبطل في الفاقد ، وفي الثاني إلى التشريك بينهما فيصحّ في القابل ويبطل في الفاقد ، بخلاف الفرض الذي ترتّب في القصد ، بل هو قصد إلى المرتّب الذي هو كالمركّب في اقتضاء انتفاء المرتّب عليه انتفاءه ؛ لعدم الترتيب حينئذٍ .

بل لعلّ التأمّل يقتضي البطلان بنحو ذلك في منقطع الوسط ومنقطع الأخير بناءً على مدخليّة الترتيب في المتأخّر كمدخليّته في المتقدّم لاتّحاد سلسلة الترتيب ، فمتى كان اختلال في أوّلها أو وسطها أو آخرها بطلت ؛ لأنّ المعنى الترتيبي واحد بالنسبة إلى الجميع .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى الفرق بين المرتّب عليه والمرتّب في العرف ، ولكنّه صعب مع التأمّل ، وإلّا فلا إشكال فيه مع فرض قصد الواقف ذلك ، وحينئذٍ يكون من تبعيض الصفقة ، بل لو فرض في الأوّل أيضاً كان كذلك .

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٢٩ (بتصرّف في صدر العبارة).

فلاحظ وتأمّل جيّداً؛ كي لا يخفى عليك ما في الذي حكيناه عن غاية المراد من التشبيه بمنقطع الوسط، وما سمعته من ردّه بما في المسالك.

﴿وكذا﴾ ظهر أيضاً لك الحال فيما ﴿لو وقف على من لا يملك ثمّ على من يملك، و﴾إن كان ﴿فيه﴾ الـ﴿تردّد﴾ والخلاف المزبور ﴿و﴾ لكنّ ﴿المنع أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده لما عرفت، ولا أقلّ من أن يكون الوقف المفروض محلّ شكّ في تناول الأدلّة ـ ولو الإطلاقات والعمومات ـ فالأصل فيه الفساد.

↑ ج ٢٨ / ٢٩

لكن لا يخفى عليك: أنّ بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلوّ الوقف عن موقوف عليه، ولا ريب في كون ذلك مانعاً ومنافياً لتنجيز الوقف، من غير فرق بين ابتداء الوقف وفي أثنائه وفي آخره.

فما عساه يظهر من المصنّف والدروس[1]: من أنّ هذا الشرط إنّما هو في ابتداء الوقف ـ وإلّا فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعاً للموجود ـ لا يخلو من إبهام؛ ضرورة أنّ الصحيح من الوقف على المعدوم تبعاً: هو ما لا يقتضي خلوّ الوقف عن موقوف عليه في أحد الأزمنة.

وبهذا المعنى لو فرض في الأوّل يكون صحيحاً للعمومات؛ بمعنى: أنّه يقف على الموجودين ما دام لم يولد له مثلاً، ومتى ولد له كان

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٧٠.

الوقف عليهم على وجهٍ يكونون هم المقدّمون.

ودعوى عدم صحّة هذا أيضاً ممنوعة على مدّعيها، وإن كان سيأتي من المصنّف ما يوهمها، وهو قوله: «ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف»[1] إلّا أنّه في نقل الوقف من أصله عنهم، وهو غير ما نحن فيه، مع أنّ ظاهر الشهيد في الدروس وغيره جوازه، كما تسمعه في محلّه إن شاء الله تعالى.

﴿و﴾ كيف كان، فقد عرفت أنّه لا خلاف بيننا كما لا إشكال في أنّه ﴿لا يصحّ﴾ الوقف ﴿على المملوك﴾ بجميع أفراده المشتركة في عدم قابليّته للملك الذي قد عرفت أنّه من مقتضى الوقف.

نعم، لو قلنا: بأنّه يملك صحّ الوقف عليه وإن كان محجوراً عليه، بل في عدم اعتبار إذن مولاه في القبول وجه.

وما عن بعض العامّة: من جواز الوقف عليه على الأوّل ويكون لسيّده[2]، واضح البطلان؛ ضرورة كون الوقف عقداً ﴿و﴾ هو تابع للقصد، فـ﴿لا ينصرف الوقف إلى مولاه؛ لـ﴾كون المفروض ﴿أنّه لم يقصده بالوقفيّة﴾ وإنّما كان قاصداً للعبد.

﴿و﴾ كذا لا خلاف[3] ولا إشكال في أنّه ﴿يصحّ الوقف على

---

(١) في ص ١٧٠ ـ ١٧١.

(٢) الإنصاف: ج ٧ ص ٢٠، مغني المحتاج: ج ٢ ص ٣٧٩، الوجيز: ج ١ ص ٢٤٥.

(٣) نفى الخلاف في الحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ١٩٠.

وصرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١١ ج ٣ ص ٢٠٩.

المصالح﴾ الراجعة إلى كافّة الناس أو بعضهم ﴿كالقناطر والمساجد﴾ لعموم الأدلّة.

ولا ينافي ذلك عدم قابليّتها للملك ﴿لأنّ الوقف في الحقيقة على﴾ الناس أو ﴿المسلمين﴾ وإن وقعت هي في اللفظ والقصد الأوّلي ﴿لكنّ﴾ المراد حقيقةً[1] هم باعتبار انتفاعهم في ذلك، فـ﴿هو﴾ حينئذٍ ﴿صرف إلى بعض مصالحهم﴾.

ج ٢٨ / ٣٠

وكذا الوقف على أكفان الموتى ومؤونة حفر قبورهم، بل وعلى العبيد المعدّين لخدمة البيت والحضرات المشرّفة والأماكن المعظّمة، بل والبهائم كذلك؛ لرجوع الأمر في ذلك كلّه إلى ما عرفت.

بل يمكن القول بصحّة الوقف على الجهات الخاصّة، كالوقف على كتب زيد ومدرسته مثلاً؛ لأنّه في الحقيقة وقف على زيد على أن يصرفه في مصلحة خاصّة. نعم يحتاج مع ذلك إلى ما يكون به مؤبّداً؛ ضرورة اتّحاد الجميع في المدرك.

وأمّا المرسل في الفقيه في باب فضل المساجد: «أنّه سئل عن الوقوف عليها؟ فقال: لا يجوز؛ لأنّ المجوس وقفوا على بيوت النار»[2] المراد به على الظاهر ما رواه هو والشيخ في التهذيب من خبر أبي الصحاري عن أبي عبدالله عليه السلام: «قلت له: الرجل اشترى داراً، فبقيت عرصة فبناها بيت غلّة، أيوقفه على المسجد؟ فقال: إنّ

(١) في بعض النسخ بدلها: في الحقيقة.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الصلاة / باب فضل المساجد ح ٧١٩ ج ١ ص ٢٣٨، وسائل الشيعة: باب ٦٦ من أبواب أحكام المساجد ح ١ ج ٥ ص ٢٩١.

المجوس أوقفوا على بيوت النار»[١] الذي هو[٢] ـ مع شذوذه، وضعف سنده، واحتماله الوقف على نفس المسجد أو للتزويق والزخرفة، أو وقف الأولاد للخدمة كما كان في الشرع السابق... أو[٣] غير ذلك ممّا ذكروه[٤] وإن بعد ـ يمكن حمله على إرادة بيان الأولويّة بالجواز ممّا ذكر فيه من التعليل، فيكون حينئذٍ مؤيّداً لترك «لا» في بعض النسخ[٥] في المرسل الذي يكون حينئذٍ صريحاً على هذا التقدير في الجواز الموافق لما دلّ على الأمر بعمارتها[٦] وكنسها[٧] وغير ذلك ممّا يكون الوقف مقدّمة له، والله العالم.

﴿ولا يقف المسلم على الحربيّ وإن[٨] كان رَحِماً﴾ وفاقاً للمشهور كما عن المسالك[٩]، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح[١٠]، وإن كان فيه حينئذٍ ما ستعرف.

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٥٨ ج ٩ ص ١٥٠، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ ص ٢٩٢).

(٢) الأولى بدل «الذي هو»: «فهو» كجواب لـ «أمّا» الآنفة، ويحتمل كون جواب «أمّا» هو «فيمكن» التي هي نسخة بدل «ممكن» الآتية، إلّا أنّ «هو» هنا تبقى بلا خبر.

(٣) في بعض النسخ بدلها: إلى.

(٤) انظر وسائل الشيعة: باب ٦٦ من أبواب أحكام المساجد ذيل ح ٢ ج ٥ ص ٢٩٢.

(٥) أشار إلى ذلك في الوسائل: (انظر الهامش قبل السابق).

(٦) وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب أحكام المساجد ج ٥ ص ٢٠٣.

(٧) وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب أحكام المساجد ج ٥ ص ٢٣٨.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٩) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٢.

(١٠) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣١٣.

للنهي[١] عن موادّته وبرّه، ولأنّه مباح المال على وجهٍ ينافي صحّة الوقف عليه التي يترتّب عليها عدم جواز تناوله منه، كما أومأ إليه بتعليل المنع في الدروس بذلك[٢].

لكن عن كثير من القدماء: إطلاق جوازه على الكافر[٣] [٤]، بل عن مجمع البيان: الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل من شاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة، وإنّما الخلاف في إعطائهم الزكاة والفطرة والكفّارات فلم يجوّزه أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء...[٥] إلى آخره.

↑ ج ٢٨ / ٣١

ولعلّه لعموم قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب...»[٦] إلى آخره ونحوه، والحثّ على الإحسان[٧] والمعروف[٨] وصلة الأرحام[٩]، وربّما كان فيه تأليف لقلوبهم وميلهم إلى الإسلام، ولأنّ لكلّ كبد

---

(١) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٥.

(٣) ليس مراده الإطلاق من جهة كون الكافر أباً ورحماً وقرابةً أو غيرهم، بل من جهة كونه حربيّاً أو غير حربي.

(٤) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣ ـ ٦٥٤، النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢١، السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٠، الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٥) مجمع البيان: ذيل الآية ٨ من سورة الممتحنة ج ٩ ـ ١٠ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٦) تقدّم في ص ١٧.

(٧) سورة البقرة: الآية ١٩٥، سورة المائدة: الآية ٩٣، سورة القصص: الآية ٧٧.

(٨) وسائل الشيعة: انظر باب ١ فما بعده من أبواب فعل المعروف ج ١٦ ص ٢٨٥ فما بعدها.

(٩) أصول الكافي: الإيمان والكفر / انظر باب صلة الرحم ج ٢ ص ١٥٠.

حرّى أجراً[١].

والنهي عن الموادّة من حيث كونه محادّاً ومحارباً؛ وإلّا لحرم محادثتهم والتعارف معهم ونحوه.

وتحريم تغييره من حيث كونه وقفاً لاينافي جوازه من حيث كونه مال حربي، لا أقلّ من أن يكون التعارض من وجه، ولا ريب في رجحان الأخير.

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه، فالنهي عن الموادّة لا يقتضي الفساد إذا كانت في عقد من العقود، بل أقصاها الإثم.

ولكن فيه: ـ بعد إمكان إرادة خصوص الذمّي الذي ستعرف الحال فيه من الإطلاق كما عن الشهيد[٢] وجماعة[٣]، وأن يراد من معقد الإجماع المزبور ما لايشمل الوقف عليهم، الذي هو أولى بالمنع من الوصيّة التي أطبقوا على ما قيل[٤] إلّا من شذّ على عدم جوازها له، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع على ذلك[٥] ـ أنّ ضرورة الشريعة تقتضي

---

(١) بحار الأنوار: أبواب آداب العشرة / باب ٢٣ ذيل ح ٦٣ ج ٧١ ص ٣٧٠، مسند أحمد: ج ٢ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣، سنن ابن ماجة: ح ٣٦٨٦ ج ٢ ص ٢١٥، مجمع الزوائد: ج ٦ ص ٥٤، كنز العمّال: ح ١٦٣٤٦ ـ ١٦٣٤٨ ج ٦ ص ٤١٩، مسند أبي‌يعلى: ح ١٥٦٨ ج ٣ ص ١٣٧.

(٢) غاية المراد: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٣٤.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١١١ ج ٣ ص ٢٠٩.

(٤) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦١٩.

(٥) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤.

الحثّ على قطع رحم الكفر، وعلى الإساءة لهم بكلّ ما يمكن؛ لأنّهم شرّ دوابّ الأرض المؤذية، وأنّ الفساد على تقدير اعتبار القربة فيه واضح؛ لمعلوميّة عدم كون العبادة محرّمة، بل وعلى العدم أيضاً؛ للنهي عن نفس العقد الذي هو فرد المقتضي للبرّ والموادّة، كالنهي عن فرد الإعانة على الإثم، وليس هو لأمر خارجي كالبيع وقت النداء.

والظاهر أنّ ذلك هو مبنى الفساد عندهم، لا ما في الرياض: من عدم صلاحيّة الحربي للملك الذي هو مقتضى الوقف، ولا أقلّ من أن يكون محلّ شكّ والأصل الفساد[1].

إذ هو ـ كما ترى ـ منافٍ للضرورة، وما سمعته من إباحة ماله لا يقتضي ذلك، بل هو ظاهر في خلافه، كظهور أدلّة التمليك في ذلك أيضاً، بل هو كالضروري من مذهبنا.

نعم، قد يتوقّف بناءً على الصحّة في تملّك المسلم منه بالاغتنام ونحوه؛ لكونه وقفاً لمسلم جامعاً للشرائط، اللّهمّ إلّا أن يرجّح ما دلّ[2] على أنّ ماله فيء للمسلمين على ذلك بعد فرض تناول ذلك لمثل هذا المال له، كما أومأنا إليه سابقاً، وهو أمر آخر غير ما نحن فيه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٣٢

﴿و﴾ أمّا القول بجواز أن ﴿يقف﴾ المسلم ﴿على الذمّي ولو كان

(١) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٣٥ ـ ١٣٧.

(٢) كالإجماع الذي ادّعاه في الرياض: (المصدر السابق: ص ١٣٧).

أجنبيّاً﴾ فهو محكيّ عن التذكرة[١] والتبصرة[٢] وموضع من التحرير[٣] والدروس[٤] وإيضاح النافع[٥]، بل لعلّه لازم للقائل بجواز الصدقة عليه الذي نسبه في المسالك إلى الأشهر[٦]، بل في الكفاية إلى المشهور[٧]، بل قيل: «لم يحك الخلاف فيه إلّا عن الحسن»[٨]، ومنه ينقدح الاستدلال عليه بالنصوص الدالّة على ذلك.

مضافاً: إلى عموم المقام، بل وعموم الإحسان والمعروف وصلة الرحم وغيرها، بعد قوله تعالى: «لا ينهاكم الله ...»[٩] إلى آخره.

وإلى فحوى ما دلّ على جواز الوصيّة من الإجماع المحكي والنصوص.

وإلى ما سمعته من إجماع مجمع البيان.

بل لا ينافي ذلك القول باعتبار القربة فيه بعد فرض شمول الأدلّة له؛

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٩ (الطبعة الحجرية).

(٢) تبصرة المتعلّمين: الهبات / في الوقف ص ١٢٤.

(٣) جوّز الوقف على أهل الذمّة المارّين بالبيع والكنائس، انظر تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٠، وجوّز الصدقة على أهل الذمّة في بحث السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٥.

(٥) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦١٤.

(٦) مسالك الأفهام: الوقف / في الصدقة ج ٥ ص ٤١٢.

(٧) كفاية الأحكام: الوقف / في التصدّق ج ٢ ص ٢٢.

(٨) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦١٥.

(٩) سورة الممتحنة: الآية ٨.

ضرورة عدم المانع من كونه مقرّباً إلى الله تعالى وإن كان على أهل الذمّة كالصدقة.

وبذلك يظهر لك: ضعف القول باختصاص الجواز في الرحم وإن حكي عن الشيخين[١] وأبي الصلاح[٢] وبني حمزة[٣] وزهرة[٤] وسعيد[٥] وإدريس[٦]، بل في جامع المقاصد: أنّه المشهور[٧]، بل في الخلاف: الإجماع عليه[٨]، بل قد يظهر من الغنية نفي الخلاف فيه[٩]؛ للمرسل: إنّ صفيّة وقفت على أخ لها يهوديّ، فأقرّها النبيّ صلى الله عليه وآله[١٠].

ضرورة عدم دليل صالح للاختصاص، وإن زاد الرحم بما دلّ على رجحان صلته والوقف على الأرحام، بل يمكن إرادة القائلين وضوح القول بالجواز فيهم لا الجزم بنفيه عن غيرهم، وحينئذٍ لا يكون مخالفاً للمختار.

---

(١) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣ ـ ٦٥٤، النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢١، الخلاف: الوقف / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٥٤٥.

(٢) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦.

(٣) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠.

(٤) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

(٥) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٠.

(٧) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٠.

(٨) الخلاف: الوقف / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٥٤٥.

(٩) تقدّم المصدر آنفاً.

(١٠) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٤٢، الشرح الكبير: ج ٦ ص ١٩٢، المجموع: ج ١٥ ص ٣٢٩، إرواء الغليل: ح ١٥٩٠ ج ٦ ص ٣٨.

وكذا القول باختصاصه فيما إذا كان أحد الأبوين، مع أنّا لم نتحقّق القول به إلّا ما يحكى عن السرائر[١]، مع أنّ المنقول عنها في موضع آخر التصريح بجوازه على مطلق الأرحام[٢].

كما لم نتحقّق الدليل له إلّا المرسل في محكيّ المراسم: «إذا كان الكافر أحد أبوي الواقف كان جائزاً»[٣]، والأمر بمعاشرتهما بالمعروف[٤]. وهما غير صالحين للدلالة على الاختصاص.

وأمّا القول بالمنع فهو وإن حكي عن سلّار[٥] وابن البرّاج[٦] والفخر[٧] والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه[٨]، لكن لا دليل لهم سوى ما سمعته في الحربي، الذي يجب الخروج عنه بما عرفته هنا كما هو واضح، هذا.

ولكن في الرياض المناقشة في أصل دلالة العمومات على الجواز مطلقاً بكون «المراد من قوله عليه‌السلام: (الوقوف...) إلى آخره وغيره

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧.

(٢) المصدر السابق: ص ١٦٠.

(٣) المراسم: أحكام الوقوف والصدقات ص ١٩٨.

(٤) سورة لقمان: الآية ١٥.

(٥) المصدر قبل السابق.

(٦) المهذّب: الوقوف / وقف المفتوحة عنوةً ج ٢ ص ٨٨.

(٧) إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨.

(٨) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦١٣ ـ ٦١٤، وانظر الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٣٩٦.

↑ ج ٢٨ / ٣٣

الوقوف الصحيحة المتضمّنة لشرائط الصحّة التي منها قصد القربة، وهي فرع الأمر بالوقف أو مطلق الصدقة عليهم والمبرّة بهم، ولا أثر له في الشريعة لا في كتاب ولا في سنّة، فكيف يقصد التقرّب بشيء لم يرد به أمر أو حثّ أو ترغيب نحو ما ورد في المستحبّات الشرعيّة؟!».

«وبذلك يظهر الجواب عن الاستدلال بقوله عليه‌السلام: (لكلّ كبد حرّى أجر)[١] وبآية (لا ينهاكم الله...)[٢] إلى آخره؛ فإنّ غايتهما الدلالة على ثبوت الأجر وعدم النهي عن المودّة، وهما لا يستلزمان الأمر بالوقف أو المودّة حتّى يتحقّق فيه قصد القربة المشترطة في الصحّة. مع معارضتهما بعموم دليل المنع، وهو قوله تعالى: (لا تجد قوماً يؤمنون بالله...)[٣] إلى آخره».

«مع أنّي لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا وفي الشرائع قائلاً» إلى أن قال: «فهو ضعيف غايته»[٤].

وهو من غرائب الكلام، وما كنّا لنؤثر أن يقع ذلك منه لا في النظر ولا في التتبّع:

إذ قد عرفت أنّه قول غير المصنّف أوّلاً.

وثانياً: لا يخفى عليك ـ بعد الإغضاء عمّا في تقييد العمومات

---

(١) تقدّم في ص ٦٩ ـ ٧٠.

(٢) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٣) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٤) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٣٨ ـ ١٣٩.

بالصحيحة المقتضي لعدم استفادة الصحيح منها حينئذٍ، والإغضاء عن شرطيّة نيّة القربة ـ أنّه يكفي في ذلك إطلاق ما دلّ[١] على استحباب الوقف وأنّه من الصدقة الجارية؛ ضرورة عدم الفرق بين[٢] متعلّقه ومتعلّق أوامر الصدقة بين المسلم والذمّي خصوصاً بعد الخبر: «إنّ لكلّ كبد حرّى أجراً»[٣].

وكذا ما دلّ على الأمر بالإحسان والمعروف[٤] وفعل الخير... ونحو ذلك.

بل قوله تعالى: «لا ينهاكم الله...» إلى آخره كافٍ في ثبوت الحثّ على برّهم والإقساط إليهم بالمودّة، فإنّ الله يحبّ المقسطين[٥] والمحسنين[٦] ويأمر بالإحسان[٧].

وأغرب من ذلك قوله: «فإنّ غايتهما...» إلى آخره.

وبالجملة: هو من غرائب الكلام، والله هو المؤيّد والمسدّد والحافظ من زلل الأقدام والأقلام.

هذا كلّه في الوقف عليهم أنفسهم من حيث إنّهم من بني آدم ﴿و﴾

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٧١.

(٢) في بعض النسخ بدلها: في.

(٣) تقدّم في ص ٦٩ ـ ٧٠.

(٤) في بعض النسخ: وبالمعروف.

(٥) سورة المائدة: الآية ٤٢، سورة الحجرات: الآية ٩، سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٩٥، سورة آل عمران: الآية ١٣٤ و١٤٨، سورة المائدة: الآية ١٣ و٩٣.

(٧) سورة النحل: الآية ٩٠.

يمكن تولّد مسلم منهم، بل يمكن صيرورتهم مسلمين، بخلاف ما ﴿لو وقف على الكنائس والبِيَع﴾ التي هي معابدهم فإنّه ﴿لم يصحّ﴾ بلا خلاف أجده فيه[1]، بل عن ظاهر المبسوط[2] والغنية[3] نفيه بين المسلمين.

ج ٢٨ / ٣٤

لكونه إعانة لهم على ما هو محرّم عليهم من التعبّد فيها ونحوه. وبذلك افترق عن الوقف عليهم لا بقصد شيء من ذلك وإن صرفوه هم في المحرّم، وعلى المسلمين أو مصالحهم كمساجدهم وقناطرهم ونحوها ممّا يستحبّ إعانتهم عليه، هذا.

ولكن في المسالك ـ بعد أن ذكر وجه المنع بنحو ما قلناه ـ قال: «وأمّا تعليل المنع: بأنّ من جملة مصرف الوقف عمارتها وهي محرّمة، بخلاف عمارة المساجد وباقي مصالح أهل الذمّة، فغير مطّرد؛ لأنّ من الكنائس ما يجوز لهم عمارتها، بل هو الأغلب في بلاد الإسلام، وتخصيصه بكنيسة لا يجوز إحداثها ـ كالمحدثة في أرض الإسلام أو أرضهم ـ بعيد عن الإطلاق من غير ضرورة»[4].

وفيه: أنّ عدم منعنا لهم عن ذلك لكونه من مقتضى عقد الذمّة

---

(١) صرّح بالحكم في المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤، والكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠، وتحرير الأحكام: الوقف/ شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٠، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧٩ ـ ١٨٠.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٥.

(٣) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٤.

لا يقتضي الجواز لهم في الواقع، بل هو محرّم عليهم، وحينئذٍ لا يجوز الوقف منّا لهم على هذه الجهة؛ للإعانة على الإثم. نعم لا بأس في الوقف على المصالح الراجعة لهم الجائزة لهم كبناء دورهم ونحوها؛ لأنّه كالوقف عليهم.

﴿وكذا﴾ لك في عدم الصحّة ﴿لو وقف على[1] معونة الزناة﴾ في زناهم، من المسلمين فضلاً عن غيرهم ﴿أو قُطّاع الطريق أو شاربي الخمر﴾ أو غيرهم؛ لاشتراكهم معهم في الدليل الذي هو النهي عن الإعانة على الإثم، والوقف بهذا القصد فرد منها، فبناءً على اعتبار القربة فيها[2] فالأمر واضح، وعلى العدم يبطل لكون النهي عنه نفسه باعتبار أنّه إعانة، نحو ما سمعته في الموادّة.

﴿وكذا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراة والإنجيل﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن التذكرة[3] وكذا المبسوط[4].

لا لأنّها منسوخة؛ فإنّ ذلك لا يقتضي حرمة النظر فيها كالمنسوخ من القرآن، وإن توقّف فيه في جامع المقاصد؛ لمخالفة الملّتين لملّتنا بخلاف منسوخ القرآن[5]. إلّا أنّه كما ترى.

---

(١) في نسخة المسالك بدلها: في.

(٢) الأولى التعبير بـ«فيه» أي الوقف.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٩ (الطبعة الحجرية).

(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٥.

(٥) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤٧.

بل ﴿لأنّها محرَّفة﴾ ولو في الجملة، وبه صارت من كتب الضلال التي لا يجوز نسخها والنظر فيها لغير النقض؛ ولذا غضب رسول الله ﷺ على عمر لمّا رأى في يده صحيفة فيها شيء من التوراة وقال له: «أفي شكّ أنت يا بن الخطّاب؟! ألم آت بها بيضاء نقيّة؟! ولو كان أخي موسى حيّاً لما وسعه إلّا اتّباعي»[١].

↑ ج ٢٨ / ٣٥

ولو وقف عليها بقصد الوجه الذي يجوّز له إمساكها والنظر فيه[٢] جاز؛ لكونه حينئذٍ طاعة، إلّا أنّ الفرض لمّا كان نادراً أطلقوا المنع من الوقف عليها، كإطلاقهم المنع على الحربي والبِيَع مع إمكان فرض جهة راجحة يجوز لها ذلك، لكنّه ـ بعد تسليم إمكان فرضه ـ خروج عن محلّ البحث، كما هو واضح.

هذا كلّه في وقف المسلم.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو وقف الكافر﴾ على البيع والكنائس أو أحد الكتابين ﴿جاز﴾ بلاخلاف أجده فيه كما عن المقتصر الاعتراف به[٣]، بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه[٤].

---

(١) المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١ ج ٦ ص ٢٢٨، كنز العمّال: ح ١٠٠٩ ج ١ ص ٢٠٠، إرواء الغليل: ح ١٥٨٩ ج ٦ ص ٣٤، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٤٠، المجموع: ج ١٥ ص ٣٢٨.

(٢) الأولى التعبير بـ«فيها» أي كتب التوراة والإنجيل.

(٣) المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١٠.

(٤) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣١٢ (وجه الظهور خفيّ).

نعم، في النافع ـ بعد أن أفتى بالجواز ـ قال: «وفيه وجه آخر»[١].

وعلى كلّ حال فالمعروف الأوّل، إقراراً لهم على دينهم، لكن في المسالك: «هو يتمّ بناءً على عدم اشتراط القربة، أمّا معه فمشكل؛ من حيث إنّ ذلك معصية في الواقع، فلايتحقّق معنى القربة بها، إلّا أن يراد قصدها في الجملة وإن لم تحصل، أو قصدها ممّن يعتقد حصولها، وهذا هو الظاهر»[٢].

والأصل في ذلك ما عن الآبي في كشفه، قال: «سألت المصنّف عن وجه عدم الصحّة ـ أي الذي ذكره في النافع ـ فأجاب بأنّه يمكن أن يقال: إنّ نيّة القربة شرط في الوقف، ولا يمكن ذلك في الكافر، فلا يصحّ منه الوقف»[٣].

وناقشه فيه بـ«أنّ لقائل أن يمنع المقدّمتين، والوجه الصحّة؛ إذ كلّ قوم يدينون بدين ويعترفون بمعبود يتوجّهون إليه»[٤].

وتبعهما في الرياض، فإنّه ـ بعد أن حكى عن المصنّف احتمال عدم الجواز لتعذّر النيّة ـ قال: «وفيه نظر؛ لاختصاصه بالمعطّلة والدهريّة»[٥].

وفيه: أنّ الجواز الإقراري غير محتاج إلى شيء من ذلك؛ ضرورة أنّه كوقف الخنزير ونحوه، وأمّا الجواز الواقعي الذي ينبغي فرضه

---

(١) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٧.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٦.

(٣ و٤) كشف الرموز: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٤٨.

(٥) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

في الجامع لشرائط الصحّة عندنا سوى أنّه من كـافر[١] ـ لا فـي نـحو المقام الذي هو باطل عندنا، والفرض اشتراكهم في الفروع معنا ـ فلا[٢] ريب في عدمه[٣] بناءً على أنّ الوقف من العبادات المعتبر فـيها النـيّة المتوقّفة على تحقّق الأمر، وليس هي إلّا بالصحيحة الجامعة للشرائط التي منها الإسلام.

ج ٢٨ / ٣٦

ودعوى الاتّفاق على الصحّة من الكافر في وقفه الجامع، يقتضي[٤] ما أشرنا إليه من عدم اعتبار نيّة القربة فيه، وإلّا لم يكف القصد المزبور؛ ضرورة شرطيّة الإسلام في صحّة عباداتهم الجامعة للشرائـط، فـضلاً عن محلّ الفرض الذي هو ليس موضوع عبادة في الواقع، والمـذهب على اشتراكهم معنا في الفروع، ولعلّ ذلك هو مراد المصنّف كما وقع له في العتق.

بل كذلك الكلام في الوقف من فرق المسلمين المـخالفة للـحقّ، فإنّه باطل بناءً على اعـتبار القـربة؛ لمـعلوميّة اشـتراط الإيـمان فـي صحّة العبادة.

وأمّا الوقف عليهم فالظاهر جوازه؛ لنحو ما سمعته في الوقف على

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى أنّ في المسودّة إضافة: «ويمكن حمل عبارة المتن المحكي عن المصنّف الوجه السابق بعدم جوازه لعدم النيّة على هذا».

(٢) في بعض النسخ: فحينئذٍ فلا.

(٣) في بعض النسخ بدلها: الفساد.

(٤) الأولى التعبير بـ «تقتضي».

الذمّي، إلّا ما كان ملحقاً منهم بالحربي كالخوارج والغلاة والنواصب... ونحوهم ممّا لم يثبت شرعيّة الوقف عليهم إن لم يكن الثابت من الأدلّة خلافه، وهو معنى آخر غير اشتراط القربة.

وعليه يتفرّع: عدم جواز الوقف على الفاسق من حيث كونه كذلك، وكذا الكافر والمخالف على وجهٍ لا يكون من الإعانة على الإثم، فليس حينئذٍ إلّا اعتبار مشروعيّة جهة الوقف في الصحّة، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع.

وممّا ذكرنا يعلم: وجه الصحّة في وقف الكافر على بيوت النيران وقرابين الشمس والكواكب، كما هو المحكي عن المقنعة[1] والمهذّب[2] والكافي[3] والوسيلة[4] والسرائر[5] والدروس[6] والمقتصر[7]، بل وظاهر النهاية[8] والجامع[9]؛ إذ هي: إمّا أن يراد منها الصحّة الإقراريّة إن كانوا ممّن يقرّون على ذلك نحو قولهم بصحّة وقف الذمّي الخنزير

---

(١) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤.

(٢) المهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩٢.

(٣) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦.

(٤) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٠.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٧٠.

(٧) صرّح بالبطلان، انظر المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١٠.

(٨) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢١.

(٩) الجامع للشرائع: باب الوقوف ص ٣٧٣.

على مثله، أو مبنيّ على عدم اعتبار نيّة القربة في الوقف، بل وعلى عدم اعتبار مشروعيّة الجهة في الوقف في الواقع.

لكن عن المختلف[١] والتنقيح[٢]: التصريح بعدم صحّة ذلك، وهو مبنيّ على إرادة الصحّة الواقعيّة لا الإقراريّة، وأنّ القربة معتبرة فيها أو مشروعيّة الجهة، والله العالم.

﴿والمسلم إذا وقف على الفقراء انصرف﴾ عرفاً ﴿إلى﴾ إرادة ﴿فقراء المسلمين دون غيرهم﴾ وإن كان اللفظ جمعاً معرّفاً ومقتضاه الاستغراق، إلّا أنّ شهادة الحال عرفاً تكفي في تخصيصه ﴿و﴾ من هنا ﴿لو وقف الكافر كذلك﴾ بأن جعل عنوان وقفه «الفقراء» ﴿انصرف إلى فقراء نحلته﴾ أيضاً لما عرفت، بلا خلاف أجده فيهما[٣].

وليس هو من الحقيقة العرفيّة حتّى يبنى على مسألة تقديمها على اللغويّة ـ أو بالعكس ـ كما توهّم[٤]، بل هو من القرينة على إرادة الاختصاص.

↑ ج ٢٨ / ٣٧

بل الظاهر قيامها على إرادة فقراء أهل مذهبه لا غيرهم كما اعترف

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٢٢.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣١٢.

(٣) نفى الخلاف في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤١.

وينظر النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢١، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٠، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٣، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٦.

(٤) فهم ذلك العاملي من كلام مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٦.

به بعضهم[١]، بل يمكن إرادة الأكثر له وإن أطلقوا، إلّا أنّه كان بصدد بيان عدم دخول فقراء الكافرين من حيث كون الواقف مسلماً من المحقّين كان أو المبطلين، أمّا لو فرض كونه إمامياً فشاهد الحال الذي ذكرناه بنفسه قائم أيضاً على إرادة الفقراء من الإماميّة دون غيرهم... وهكذا، إلّا مع القرينة الدالّة على إرادة خلاف قرينة الإطلاق.

وكذا لو جعل العنوان: فقراء بلد، أو بلد مخصوص. نعم، لو لم يكن في البلد إلّا فقراء غير مذهبه وكان عالماً بذلك اتّجه حينئذٍ الصرف إليهم للقرينة، أمّا إذا لم يكن عالماً فلا يبعد بطلان الوقف لعدم الموقوف عليه.

خلافاً لما في المسالك: من أنّ الأولى الصحّة؛ عملاً بالعموم المتناول للموجودين، وحملاً للوقف على الوجه الصحيح[٢].

وفيه ما لا يخفى بعد فرض انصراف الإطلاق إلى ما ذكرناه وعدم القرينة على غيره.

﴿ولو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلّى إلى القبلة﴾ كما عن الأكثر[٣]، بل المشهور[٤]، وهي الكعبة المشرّفة، أي تديّن

(١) كالسبزواري في الكفاية: (انظره في الهامش قبل السابق)، والطباطبائي في الرياض: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤٢.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤٠.

(٤) كما في مسالك الأفهام: (المصدر قبل السابق: ص ٣٣٧).

بالصلاة إليها وإن لم يفعل. خلافاً لما عن المفيد: من اشتراط الفعل[١].

بل الظاهر ما صرّح به غير واحد: من دخول أطفالهم ومجانينهم والمستضعفين منهم... ونحوهم ممّن هو محكوم بإسلامه شرعاً للتبعيّة، بل والإناث وإن كانت الصيغة للذكور، إلّا أنّ المراد منها الجنس[٢].

نعم، يخرج عنهم كلّ من حكم بكفره ولو لسبّ ونحوه وإن انتحل الإسلام كالخوارج والغلاة ونحوهم ـ ما لم يكن الواقف منهم ـ وإن احتمل دخولهم في الرياض[٣]، لكنّه في غير محلّه.

من غير فرق في ذلك كلّه بين كون الواقف من المسلمين محقّاً وغيره؛ للعموم.

وقيل: «إن كان الواقف محقّاً اختصّ الوقف بقبيله بشاهد الحال كما لو وقف على الفقراء، ولمنع صحّة الوقف على غير المحقّ بناءً على اعتبار القربة فيه»[٤].

وفيه: منع شهادته بذلك، ولا تلازم بين اقتضائه في لفظ الفقراء واقتضائه في لفظ المسلمين؛ وإلّا لاقتضى في لفظ الناس وبني آدم

---

(١) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤.

(٢) كابن حمزة في الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١، والشهيد في الدروس: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٢، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤٠، والشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٧.

(٣) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤٤.

(٤) كما في السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٠ ـ ١٦١.

ونحوهم، والتعليل بعدم صحّة الوقف على غير المحقّ خروج عن محلّ البحث أوّلاً، وممنوع ثانياً وإن قلنا باعتبار القربة فيه كما أوضحناه سابقاً.

ج ٢٨ / ٣٨

ومنه يعلم: ضعف ما عن الحلبي من خروج غير المؤمن[١]، إن كان مبناه الحكم بكفره على وجهٍ لا يجوز الوقف عليه.

كما أنّ من ذلك كلّه يظهر لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض[٢] خصوصاً بعد ملاحظة كون المرجع في المسألة الفهم عرفاً ولو بشاهد الحال، فإيكاله حينئذٍ إلى الوجدان ـ كما في نظائره ـ أولى من إقامة الدليل والبرهان.

وكذا ما في الدروس من أنّ «الرجوع إلى الاعتقاد قويّ، وإن خفي بُني على تحقّق الإسلام والكفر، وهو في علم الكلام»[٣]، والله العالم.

﴿ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثني عشريّة، وقيل﴾ والقائل الشيخ[٤] وجماعة[٥]: **﴿إلى مجتنبي الكبائر﴾** منهم التي منها الإصرار على الصغائر **﴿والأوّل أشبه﴾** لعدم الدليل على اعتبار ذلك

---

(١) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦.

(٢) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٢.

(٤) النهاية: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٢١ ـ ١٢٢.

(٥) كالمفيد في المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤، وابن البرّاج في المهذّب: الوقوف / وقف المفتوحة عنوة ج ٢ ص ٨٩، وابن حمزة في الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١، وقوّاه في المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١٠.

في الإيمان، بل ظاهر الأدلّة خلافه، بل استقرّ المذهب الآن على ذلك، بل هو المحكي عن التبيان للشيخ ـ قائلاً: «إنّه كذلك عندنا»[١] مشعراً بالاتّفاق عليه ـ وعن الحلّي[٢] والديلمي[٣] وكافّة المتأخّرين[٤].

بل ظاهر المصنّف والأكثر على ما اعترف به بعضهم[٥] ـ بل في الرياض: نسبته إليهم[٦] ـ عدم الفرق في الانصراف المزبور بين كون الواقف منهم أو من غيرهم.

لكن في المسالك ـ بعد أن ذكر للإيمان معنيين: «عامّ وهو التصديق القلبي بما جاء به محمّد صلى الله عليه وآله وهو أخصّ من الإسلام، وخاصّ وهو أيضاً قسمان، أحدهما: أنّه كذلك مع العمل الصالح، فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن، والثاني: اعتقاد[٧] الأئمّة الاثني عشر إماماً عليهم السلام وهو المتعارف بين الإماميّة» وذكر ما اقتضاه ظاهر المصنّف والأكثر ـ قال: «وهو مشكل؛ لأنّ ذلك غير معروف عنده ولاقصده متوجّه إليه،

---

(١) التبيان: ذيل الآية ١٧٢ من سورة البقرة ج ٢ ص ٨١.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٢.

(٣) المراسم: أحكام الوقوف ص ١٩٨.

(٤) كالعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٣، والشهيد الأوّل في الدروس: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٢، والمقداد في التنقيح: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣١٦، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤١ ـ ٤٢، والشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: (انظره في الهامش السابق: ص ٣٣٨).

(٦) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤٥.

(٧) في المصدر بعدها إضافة: إمامة.

فكيف يحمل عليه؟! وليس الحكم فيه كالمسلمين في أنّ لفظه عامّ فينصرف إلى ما دلّ عليه اللفظ وإن خالف معتقد الواقف كما تقدّم؛ لأنّ الإيمان لغةً هو مطلق التصديق وليس بمراد هنا، واصطلاحاً مختلف بحسب المصطلحين، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العامّ، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إماميّ كان حسناً، أو يقال: إذا كان من الوعيديّة يحمل على معتقده، أو من الإماميّة فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده؛ عملاً بشهادة الحال ودلالة العرف الخاصّ والقرائن الحاليّة، ولو كان الواقف إماميّاً وعيديّاً كما اتّفق لكثير من قدمائنا تعارض العُرفان، ولعلّ حمله على المعنى المشهور ـ وهو الأخير ـ أوضح؛ لأنّه أعرف»[1]. وتبعه على ذلك في الرياض[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٩

قلت: قد يقال: إنّ نظر الأصحاب إلى أنّ هذا الاختلاف في مصداق المؤمن الموجود في الكتاب والسنّة النبويّة وأخبار الأئمّة عليهم السلام، وليس هو تعدّد اصطلاح منهم.

وحينئذٍ فمن أوقف أو أوصى وجعل العنوان «المؤمن» نفذ فيما هو مصداقه واقعاً؛ لظهور إرادة الواقع من كلّ متكلّم إذا كان من قبيلٍ لا يعرف اختلاف علمائه في ذلك، بل لعلّه كذلك وإن كان خلاف ما اعتقده الواقف، إلّا أن تكون قرينة على إرادته بوقفه ما يزعم أنّه مصداق له، ومجرّد الاختيار في التفسير لا يصلح قرينةً على ذلك،

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.
(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

ولا ريب في أنّ المؤمن في العرف السابق: المصدّق قلباً بمحمّد صلى الله عليه وآله وما جاء به، وفي العرف الحادث: المصدّق مع ذلك بإمامة الأئمّة الاثني عشر عليهم السلام، فهم المؤمنون حينئذٍ حقّاً.

نعم، يعتبر فيهم عدم صدور ما يخرجهم عن الإيمان إلى الكفر من سبّ وإنكار ضروريّ المذهب... ونحو ذلك، مثل ما سمعته في المسلم بالنسبة إلى ذلك، بل وبالنسبة إلى إدخال أطفالهم ومجانينهم ممّا هو محكوم بإيمانه بالتبعيّة، بل والمستضعف منهم.

وكأنّه أشار إلى بعض ما ذكرنا في الدروس حيث اعتبر اعتقاد العصمة في الاثني عشر مع الإمامة[١]، ولعلّه لأنّها من ضروريّات المذهب الذي يقتضي إنكارها من أهل المذهب الكفر.

وإن نظر فيه في المسالك قال: «ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليّتهم على غيرهم وغيره من معتقدات الإماميّة المجمع عليها، والفتاوى خالية عنه، والظاهر يشهد بخلافه»[٢]. لكن فيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه، والله العالم.

﴿ولو وقف على الشيعة فهو﴾ في عرفنا الآن ﴿للإماميّة[٣]﴾ خاصّة كما اعترف به في الرياض[٤]، بل في المسالك حكاه عن بعض من تقدّمه، لكن قال: «هو غريب»[٥] بناءً منه على أنّ الشيعي: من

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٢.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٣) في نسخة الشرائع: الإماميّة.

(٤) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٤٦.

(٥) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٠.

شايع علياً عليه السلام في الإمامة مقدِّماً له على غيره بعد النبيّ صلى الله عليه وآله.

﴿و﴾ حينئذٍ فيندرج فيهم ﴿الجاروديّة﴾ والإسماعيليّة من فرق الزيديّة ﴿دون غيرهم﴾ والكيسانيّة والواقفيّة والفطحيّة وغيرهم، إلّا أنّ المصنّف اقتصر على الجاروديّة ﴿من فرق الزيديّة﴾ للقول بإمامة[1] الشيخين من باقي فرقهم وانقراض الطوائف الأُخر.

ج ٢٨ / ٤٠

وعلى كلّ حال، فالقول بالانصراف المزبور هو المشهور بين الأصحاب كما في المسالك[2]، ولا يختصّ به فرقة نحلة الواقف، خلافاً للمحكي عن ابن إدريس فقال: «إن كان الواقف من إحدى فرق الشيعة حمل كلامه العامّ عليه، وصرف في أهل نحلته دون من عداهم؛ عملاً بشاهد الحال»[3]. وعن التذكرة: نفي البأس عنه[4].

وهو كذلك مع فرض قيام قرينة عليه، وإلّا فالحكم لمصداق اللفظ في الواقع كالمسلم، ومع فرض الاختلاف في مصداق الشيعي فالحكم على حسب ما قلناه في المؤمن.

وهو واضح كوضوح الانصراف الآن من هذا اللفظ ـ لو كان الواقف اثني عشريّاً ـ إليهم خاصّة، ولا يدخل فيه أحد من الجاروديّة أو غيرهم، ولعلّ كلام الأصحاب محمول على حال عدم القرينة، فإنّ الأمر يدور حينئذٍ على المفهوم واقعاً في نفسه.

---

(١) في بعض النسخ: بإقامة.

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٣٠ (الطبعة الحجرية).

ومن ذلك يظهر لك الحال فيما أورده بعض الناس ممّن قارب عصرنا[١] على الأصحاب: من معلوميّة خروج غير الاثني عشريّة إذا كان الواقف واحداً منهم، كما هو واضح.

﴿وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبةٍ دخل فيها كلّ من أُطلقت عليه﴾ إلّا أن تكون هناك قرينة صارفة، وهذا هو الضابط في جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات.

لكن في المسالك: «لا كلام في ذلك مع اتّفاق العرف والاصطلاح، ومع التعدّد يحمل على المتعارف عند الواقف، وبهذا يتخرّج الخلاف والحكم في الجميع»[٢].

وهو كذلك مع فرض العرف الخاصّ لا القول الخاصّ في التفسير كما عرفته سابقاً، ولكن لا يخفى عليك عدم تخرّج الخلاف على ذلك؛ ضرورة عدم النزاع في تقديم العرفيّة الخاصّة على غيرها في لفظ أهلها، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال ﴿فلو وقف على الإماميّة كان للاثني عشريّة﴾ خاصّة؛ لأنّهم المعروفون بهذا الاسم، والظاهر عدم اعتبار اجتناب الكبائر هنا ممّن اعتبره في المؤمن كما هو مقتضى دليل القائل. أمّا اعتبار العصمة فقد يظهر من الدروس ذلك[٣]، ولا يبعد أن يكون التحقيق فيها ما ذكرناه في المؤمن، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) كالبحراني في الحدائق: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ٢٠٧.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤١.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٢.

﴿ولو وقف على الزيديّة كان للقائلين بإمامة زيد بن عليّ﴾ بن الحسين ﴿عليه السلام﴾ ثمّ لكلّ من خرج بالسيف من ولد فاطمة عليها السلام من ذوي العلم والرأي والصلاح. وما عن ابن إدريس: من بطلان الوقف إذا كان الواقف غير زيديّ[1]، خروج عن محلّ البحث.

ج ٢٨ / ٤١

﴿وكذا﴾ الحال ﴿لو علّقهم بنسبةٍ[2] إلى أب، كان لكلّ من انتسب إليه بالأُبوّة، كالهاشميّين: فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبي طالب عليه السلام والحارث والعبّاس[3] وأبي لهب. والطالبيّين: فهو لمن ولد[4] أبو طالب عليه السلام﴾ منهم خاصّة، بلا خلاف[5] ولا إشكال في شيء من ذلك.

بل ﴿و﴾ لا إشكال[6] في أنّه ﴿يشترك﴾ في ذلك ﴿الذكور والإناث المنسوبون إليه من جهة الأب؛ نظراً إلى العرف﴾ إذا كان بلفظٍ لا يخصّ أحدهم كالهاشميّة والعلويّة، بل والهاشميّين والعلويّين ونحوهم ممّا يفهم إرادة الجنس منه، أو هو مبنيّ على التغليب.

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٢) في بعض النسخ: علّقه بنسبته.

(٣) «والعبّاس» ليس في نسخة المسالك.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: ولده.

(٥) صرّح بالحكم في المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤، والنهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٤، والمهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩٠، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٣، وإرشاد الأذهان: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٣.

(٦) كلمة «إشكال» ليست في بعض النسخ.

﴿و﴾ أمّا المنتسبون إليه بالاُمّ فـ﴿فيه خلاف للأصحاب[١]﴾ وقد حقّقنا في كتاب الخمس[٢] عدم دخولهم في مثل هذه الأسماء التي هي نحو أسماء القبائل، وإن قلنا بكونهم أبناءً وأولاداً حقيقةً فضلاً عن الذرّيّة ونحوهما، فلا يجري حينئذٍ عليهم الحكم الذي عنوانه ذلك كالخمس، بخلاف الحكم الذي عنوانه الثاني كالنكاح، ولعلّ المرتضى[٣] ومن تابعه[٤] اشتبه في حكم العنوانين، لا في الاندراج في الموضوعين، فلاحظ وتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿ولو وقف على الجيران رجع إلى العرف﴾ كما في القواعد[٥] والنافع[٦] وكشف الرموز[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والمختلف[١٠] والإيضاح[١١] وجامع المقاصد[١٢] والروض[١٣]

(١) في بعض النسخ: بين الأصحاب.

(٢) في ج ١٦ ص ٤٢٢ فما بعدها.

(٣) رسائل المرتضى (المجموعة الرابعة): مسائل شتى / مسألة ٥ ص ٣٢٨.

(٤) كالبحراني في الحدائق: الخمس / في قسمته ج ١٢ ص ٣٩٠ فما بعدها.

(٥) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٢.

(٦) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٨.

(٧) كشف الرموز: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٥١.

(٨) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٩ (الطبعة الحجرية).

(٩) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٨.

(١٠) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

(١١) إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(١٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤٤.

(١٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٩٢.

والمسالك[١] والكفاية[٢] على ما حكي عن بعضها، وقوّاه بعض[٣] واستحسنه آخر[٤]، وحكاه في جامع المقاصد عن جماعة[٥]؛ لأنّه المدار في الألفاظ الصادرة من أهله.

﴿وقيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً﴾ كلّ ذراع أربعة وعشرون إصبعاً من كلّ جانب ﴿وهو حسن﴾ بل في غير كتاب نسبته إلى الأكثر[٦]، بل في المسالك[٧] وغيرها[٨] نسبته إلى المشهور، بل في محكيّ الغنية[٩] وظاهر التنقيح[١٠]: الإجماع عليه، بل قيل: «إنّه يلوح أو يظهر من السرائر»[١١]، بل عن موضعين من الخلاف: نسبته إلى روايات أصحابنا وإجماعهم[١٢]، بل قد أفتى به من لا يعمل إلّا بالقطعيّات

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٣.

(٢) كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٦.

(٣ و٤) قوّاه الشهيد في حواشيه واستحسنه القطيفي في إيضاح النافع على ما نقله عنهما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٩٢ ـ ٥٩٣.

(٥) انظره في الهامش اللاحق.

(٦) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٤٤، مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٣.

(٧) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

(٨) انظر «جامع المقاصد» في الهامش قبل السابق.

(٩) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٩.

(١٠) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٢٠.

(١١) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٩٤.

(١٢) وجدناه في موضع واحد في الخلاف: الوقف / مسألة ٢٥ ج ٤ ص ١٥٢ ـ ١٥٣، ونقله عن الموضعين في مفتاح الكرامة: (انظر الهامش السابق).

كالتقي [١] وابني زهرة [٢] وإدريس [٣]، وذكره من عادته التعبير بمتون الأخبار كالمقنعة [٤] والنهاية [٥] وغيرهما من كتب القدماء [٦].

ج ٢٨ / ٤٢

ولعلّه غير منافٍ للأوّل؛ ضرورة أنّه تحديد للعرف بذلك، كما هي عادة الشارع في مثل ذلك، كالوجه والمسافة ونحوهما ممّا يشكّ في بعض الأفراد منها؛ لعدم معرفة التحقيق في العرف على وجهٍ يعلم الداخل فيه والخارج عنه، فيضبطه الشارع ـ الذي لا يخفى عليه شيء ـ بما هو حدّ له في الواقع، وليس ذلك منه معنى جديداً، ولا إدخال [٧] لما هو معلوم الخروج في العرف أو بالعكس.

﴿و﴾ من هنا كان ما ﴿قيل﴾ وإن لم نعرف قائله كما اعترف به في المسالك [٨] ـ من تحديده بما يلي داره ﴿إلى أربعين داراً من كلّ جانب﴾ صغيرةً كانت أو كبيرةً ـ ضعيفاً جدّاً، بل في المتن: ﴿وهو مُطّرح﴾ وفي غيره: «شاذّ» [٩]، وفي ثالث: «ليس بشيء» [١٠]، كلّ ذلك

---

(١) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦.

(٢) غنية النزوع: في الوقف ص٢٩٩.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٣.

(٤) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.

(٥) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٥.

(٦) كالمراسم: أحكام الوقوف ص ١٩٨، والمهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩١، والوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١.

(٧) الأولى التعبير بـ «إدخالاً».

(٨) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٣.

(٩) كرياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٥٣.

(١٠) كما في حواشي الشهيد على ما نقله عنها في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ←

للقطع بمخالفة العرف له.

وجعله عرفاً شرعيّاً غير مجدٍ في الألفاظ المتداولة بين أهل العرف في غيره كما هو المفروض، وإن رواه:

جميل بن درّاج في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام[١]: «حدّ الجوار: أربعون داراً من كلّ جانب؛ من بين يديه، ومن خلفه، وعن يمينه، وعن شماله»[٢].

وعمرو بن عمر[٣] عنه عليه السلام أيضاً: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كلّ أربعين داراً جيران؛ من بين يديه، ومن خلفه، وعن يمينه، وعن شماله»[٤].

وعمر[٥] بن عكرمة عنه عليه السلام أيضاً في حديث طويل في آخره: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر عليّاً عليه السلام وسلمان وأبا ذرّ أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم: بأنّه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه، فنادوا بها ثلاثة، ثمّ أومأ بيده إلى أربعين داراً من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله»[٦].

← ص ٥٩٧ ـ ٥٩٨.

(١) في المصدر: عن أبي جعفر عليه السلام.

(٢) أصول الكافي: العِشرة / باب حدّ الجوار ح ٢ ج ٢ ص ٦٦٩، وسائل الشيعة: باب ٩٠ من أبواب أحكام العشرة ح ١ ج ١٢ ص ١٣٢.

(٣) في المصدر: عمرو بن عكرمة.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١، و«الوسائل»: ح ٢.

(٥) في المصدر: عمرو.

(٦) أصول الكافي: العشرة / باب حقّ الجوار ح ١ ج ٢ ص ٦٦٦، وسائل الشيعة: باب ٨٦ من أبواب أحكام العشرة ح ١ ج ١٢ ص ١٢٥.

لكنّها محمولة على التقيّة من العامّة الذين حكموا بذلك ـ للمرسل عن عائشة: «إنّ النبيّ صلى الله عليه وآله سئل عن حدّ الجوار؟ فقال: إلى أربعين داراً»[١] ـ أو على إرادة جوار الشرف كساكني النجف وكربلاء وغيرهما بعنوان المجاورة لقبورهم عليهم السلام ... أو غير ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٤٣

فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين إلى هذا القول[٢] مع شدّة مخالفته للقواعد الشرعيّة؛ ضرورة اقتضائه الوقف أو الوصيّة لمن يعلم عدم إرادة الواقف والموصي إيّاه، كما هو واضح.

ومن ذلك يعلم: أنّ المدار في التحديد المزبور على نحو ذلك أيضاً، فلو علم بدخول من خرج عن التحديد في إرادة الواقف حكم بدخوله، وإنّما فائدة التحديد عند الاشتباه.

ولو انتهى عدد الأذرع إلى باب الدار خاصّة، فعن ابن البرّاج: الدخول[٣]، وقوّاه في الدروس[٤]، بل لعلّه ظاهر محكيّ المقنعة[٥] والنهاية[٦] أيضاً، وكأنّه مبنيّ على دخول الغاية في المغيّا، ولعلّه هنا كذلك.

---

(١) كنز العمّال: ح ٢٤٨٩٥ ج ٩ ص ٥٢، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٢٧٦، الجامع الصغير: ح ٣٦٨٧ ج ١ ص ٥٧٠.
(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٤.
(٣) المهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩١.
(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧٣.
(٥) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.
(٦) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٥.

أمّا إذا انتهى إلى أثناء دار فلا إشكال في الدخول عرفاً.

لكن في المسالك: «إن انتهى العدد إلى آخر دار أو بين دارين فالحدّ متميّز، وإن انتهى في أثناء دار هل يدخل في الحدّ أم لا؟ يبنى على دخول الغاية في المغيّا مطلقاً، أم لا، أم بالتفصيل بالمفصل[1] المحسوس فلا يدخل وعدمه فيدخل؟ والأقوى تفريعاً عليه حينئذٍ الدخول».

«ولو وصل المقدار إلى باب داره خاصّة بني على ما ذكر، وأولى بعدم الدخول هنا، وصرّح ابن البرّاج بدخوله في عبارة رديّة وقوّاه في الدروس»[2].

ولا يخفى عليك ما فيه؛ ضرورة كون المدار في التحديد دخول من وصل إليه بعض الحدّ، إنّما الإشكال خاصّة فيما إذا كانت باب الدار مثلاً على رأس الذراع الأخير، وهو المبنيّ على ذلك، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ولا يعتبر في الجار عرفاً الملكيّة، فيدخل حينئذٍ المستأجر والمستعير ونحوهما، بل والغاصب في وجه قويّ، وإن كان المحكي عن التحرير عدم استحقاقه، بل حكي عنه التوقّف في المستأجر والمستعير[3].

ولو باع صاحب الدار داره فسكنها المشتري دخل هو وخرج

---

(١) في متن المصدر: بالفصل.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥.

(٣) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٨.

البائع، ولو عاد عاد الاستحقاق، وكذا المستعير والمستأجر وغيرهما؛ ضرورة دوران الحكم على التلبّس بالوصف وجوداً وعدماً.

نعم، لو غاب غيبةً بقصد الرجوع ـ مع بقاء عياله وعدمه ـ لم يخرج بذلك عن الوصف وإن حصل الوقف حالها، إلّا مع طول المدّة المقتضية ذلك عرفاً.

ولا عبرة بتقارب الدور مع عدم السكنى حتّى على الثالث وإن احتمله في المسالك[1]، لكنّه في غاية الضعف؛ ضرورة مدخليّة السكنى في صدق اسم الجار، لا ملك الدار ونحوه.

↑ ج ٢٨ / ٤٤

لكن يكفي فيها صدقها عرفاً، فلو كان له داران يسكنهما صدق كونه جاراً لكلّ من يليهما مع تردّده لكلّ منهما. أمّا إذا كانت سكناه فيهما على التناوب ولو بحسب الفصول، ففي المسالك: «استحقّ زمن السكنى»[2].

والظاهر أنّ القسمة على عدد الرؤوس على الثلاثة؛ لصدق الجيران عرفاً على الجميع، وإن دخل بعضهم في العيال في وجه قويّ. نعم يخرج العبد؛ لعدم قابليّته للملك إن كان المراد الملكيّة.

لكن في المسالك: «لو اعتبرنا عدد الدور ففي قسمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان، وعلى الثاني يقسّم على الدور أوّلاً،

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٦.

(٢) المصدر السابق.

ثمّ يقسّم حصّة كلّ دار على رؤوس أهلها»[١].

وفيه ما لا يخفى من أنّه لا اقتضاء في التحديد بالدور اعتبارها نفسها في الجوار لا ساكنيها، بل المراد هم وإن كان التحديد بها كما هو واضح، والله العالم.

﴿ولو وقف على مصلحة﴾ كمسجد وقنطرة ونحوهما ﴿فبطل رسمها﴾ وأثرها بالمرّة ﴿صرف في وجوه البرّ﴾ كما هو المشهور على ما اعترف به غير واحد[٢]، بل لم أقف على رادّ له من الأصحاب عدا المصنّف في النافع حيث نسبه إلى قول مشعراً بتردّده فيه[٣]، وقد نسبه في محكيّ المهذّب إلى الندرة[٤]، وغيره إلى الضعف[٥]، بل في محكيّ السرائر: نفي الخلاف فيه[٦]، بل قيل: «ظاهره بين المسلمين»[٧].

وكأنّ الوجه فيه: ـ بعد معلوميّة إرادة الواقف فيه الدوام ولو لزعم دوام تلك المصلحة، بل عن الجامع للشرائع[٨] وجامع المقاصد[٩]:

---

(١) المصدر السابق.

(٢) كابن فهد في المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١١، والسبزواري في الكفاية: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٨، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١١٣ ج ٣ ص ٢١١، والبحراني في الحدائق: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ٢١٨.

(٣) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٨.

(٤) المهذّب البارع: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٦٢.

(٥) كشف الرموز: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٥٢، المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١١.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٦.

(٧) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦٣٤.

(٨) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠.

(٩) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٤ (عبارته غير واضحة الدلالة على ←

التصريح بكون الفرض ممّا تقضي العادة بدوامها إلّا أنّه اتّفق بطلان رسمها على خلاف العادة ـ استصحاب صحّته، وإطلاق الأدلّة التي ليس فيها ما يقتضي البطلان بتعذّر المصرف المعيّن؛ إذ هو ليس مقتضياً لانتفاء الموقوف عليه الذي هو في الفرض المسلمون، كما أنّه ليس فيها ما يقتضي الانتقال إلى ما يشابه تلك المصلحة، فليس حينئذٍ إلّا الصرف في وجوه البرّ التي هي الأصل في كلّ مال خرج عن ملك مالكه لمصرف خاصّ تعذّر، كما ستعرف في نظائر المقام.

ومن ذلك يعرف ما في المسالك وغيرها حتّى فيما ذكره من التحقيق الذي قد اعترف بتوجّه كلام الأصحاب فيما كان الوقف في مصلحة ما شأنه الدوام «لخروج الملك عن الواقف بالوقف، فعوده يحتاج إلى دليل، وهو منتفٍ، وصرفه في وجوه البرّ أنسب بمراعاة غرضه الأصلي إن لم يجز صرفه فيما هو أعمّ منه»[1].

↑ ج ٢٨ / ٤٥

وإنّما توقّف[2] في الوقف على مصلحة ما[3] تنقرض غالباً كشجر التين والعنب أو مجهولة الحال كالوقف على مسجد في قرية صغيرة، أو على مدرسة كذلك.

بل جزم[4] في الأوّل بأنّه كمنقطع الآخر، بل هو بعض أفراده،

← ذلك)، ونقله عنه في مفتاح الكرامة: (الهامش قبل السابق: ص ٦٣٥).

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في بعض النسخ: ممّا.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحة أُخرى تقتضي التأبيد.

وأمّا الثاني فقد استشكل فيه: «من أصالة البقاء فيكون كالمؤبّد، ومن الشكّ في حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقاً الذي هو التأبيد، فيحصل الشكّ في المشروط، فلا يحكم إلّا بالمتيقّن منه، وهو خروجه عن ملكه مدّة تلك المصلحة، ويبقى الباقي على أصالة البقاء على ملك مالكه»[1].

ولا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت من ظهور كلمة الأصحاب في إرادة الوقف المؤبّد، لا ما يشمل منقطع الآخر الذي هو بناءً على مشروعيّته ما يراد انقطاعه من أوّل صدوره.

وكون ذي المصلحة ممّا ينقرض غالباً لا ينافي دوام الوقف بعد عدم انحصاره فيها، وإنّما هو مصرف فيها حيث يكون ولو بأن يعود بعد الخراب، وإلّا فهو وقف على المسلمين، ويراد حينئذٍ بوجوه البرّ ذلك، أو أنّ المراد تلك الجهة ولكن قد تعذّرت، وتعذّرها لا يقتضي البطلان كما عرفت وأنّ[2] الصرف في وجوه البرّ للأصل الذي قد ذكرناه في كلّ مال قد تعذّر مصرفه، كما يومئ إليه في الجملة ما في كثير من النصوص الواردة في نحو الوصيّة والنذر المعيّن الذي له مصارف مخصوصة وقد تعذّر؛ كـ:

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) في بعض النسخ: وإنّما.

الخبر: «عن إنسان أوصى بوصيّة، فلم يحفظ الوصي إلّا باباً واحداً منها، كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»[١].

ونحوه خبر طويل يتضمّن: أنّه أوصى رجل بتركته إلى رجل وأمره أن يحجّ بها عنه، قال الوصي: فنظرت فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحجّ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا: تصدّق به عنه، فتصدّق به، ثمّ لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل، فقال: إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما يحجّ به فأنت ضامن[٢].

ج ٢٨ / ٤٦

بل قد يؤيّده في الجملة: ما في جملة وافرة من الأخبار ممّا يدلّ على أنّ ما أُوصي به للكعبة أو كان هدياً أو نذراً يباع إن كان جارية ونحوها، وإن كان دراهم يصرف في المنقطعين من زوّارها[٣].

على أنّ القسم الأوّل ـ الذي قد اعترف بصحّة كلام الأصحاب فيه ـ مبنيّ على ذلك؛ ضرورة عدم مدخليّة زعمه لدوام المصلحة في صحّة الوقف بعد فرض بيان فساده ولو لاتّفاق خلاف العادة؛ إذ لو لم يكن

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجل يوصي بوصيّة ح ٥٥١٣ ج ٤ص ٢١٨، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٢١ ج ٩ ص ٢١٤، وسائل الشيعة: باب ٦١ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٣.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٤٦ ج ٩ ص ٢٢٨، وسائل الشيعة: باب ٨٧ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢١.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٢ من أبواب مقدّمات الطواف ج ١٣ ص ٢٤٧.

مبنى الصحّة ما ذكرناه توجّه بطلانه ؛ لعدم الموقوف عليه حينئذٍ ولو في الفرض النادر ، هذا .

وربّما احتمل[1] : وجوب الصرف في الفرض إلى ما شابه تلك المصلحة ، فيصرف وقف المسجد في مسجد آخر ، والمدرسة إلى مثلها ؛ اقتصاراً على المتيقّن ، ولاحتمال إرادة المثاليّة فيما ذكره مصرفاً في الوقف المراد تأبيده ، أو لفحوى ما دلّ[2] على صرف آلات المسجد بعد اندراسه أو خرابه في مسجد آخر على ملاحظة الشارع الأقرب إلى نظر الواقف .

ولكن قد عرفت إطلاق فتوى الأصحاب الذي مبناه ما قلناه من استواء القُرَب كلّها في عدم تناول عقد الوقف لها وعدم قصده إليها بخصوصها ، فلا أولويّة لبعضها على بعض بالنسبة إلى ذلك ، ومجرّد المشابهة لا دخل لها في تعلّقه بها ، فيبطل القيد ويبقى أصل الوقف من حيث القربة ، فيصرف في كلّ فرد منها ، ولعلّ ذلك منشأ ما ذكرناه من الأصل .

ونوقش بـ «أنّ تحرّي الأقرب فالأقرب ليس من حيث المشابهة ، بل من حيث دخوله في نوع المصلحة الخاصّة وإن تميّزت عنه بالخصوصيّة ، فإذا زالت بقي أفراد النوع الأُخر الممكنة داخلة ، فكأنّ الوقف تضمّن أشياء ثلاثة : القربة والمسجديّة مثلاً

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٨.

(٢) تقدّم ما يستفاد منه ذلك في ج ١٤ص ١٣٩.

وخصوصيّة المسجد، فإذا زال الأخير بقي الأوّلان؛ لقاعدة الميسور[١] ومـ لا يدرك[٢]»[٣].

بل في المسالك: «ولعلّ هذا أقرب»[٤]، وتبعه في الرياض[٥].

إلّا أنّه أشكله في الأوّل بـ«أنّه آتٍ في المصلحة التي نعلم انقطاعها أيضاً، مع أنّ حكم منقطع الآخر متناول لها، إلّا أن يخصّ هذا بما لا يتعلّق بمصالح المسلمين، مثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه في باقي البطون ونحو ذلك»، ثمّ قال: «وليس بذلك البعيد، وللتوقّف مجال»[٦].

↑ ج ٢٨ / ٤٧

وكذا في الرياض، فإنّه ـ بعد أن ذكر مثل ذلك ـ قال: «هذا كلّه في غير معلومة الانقطاع، أمّا فيها ففي انسحاب الحكم أو لحاقها بمنقطع الآخر ـ كما يظهر من بعض الأجلّة ـ وجهان: من إطلاق الفتاوى هنا وثمّة، والاحتياط لا يترك في المقام»[٧].

---

(١) أرسله عن النبيّ صلى الله عليه وآله بلفظ «لا يترك الميسور...» في عوالي اللآلي: الجملة الأُولى من الخاتمة ح ٢٠٥ ج ٤ ص ٥٨، وعن عليّ عليه السلام في مصابيح الظلام (للبهبهاني): شرح مفتاح ٥٦ ج ٣ ص ٤٨٧، وبتعبير «عموم: لا يسقط...» في مسالك الأفهام: موانع الإرث ج ١٣ ص ٤٨، وبعبارة «لقوله عليه السلام: لا يسقط...» في مدارك الأحكام: الصلاة / في الركوع ج ٣ ص ٣٨٦.

(٢) عوالي اللآلي: الجملة الأُولى من الخاتمة ح ٢٠٧ ج ٤ ص ٥٨.

(٣ و٥) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٥٦.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٨.

(٦) المصدر قبل السابق.

(٧) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٥٦ ـ ١٥٧.

وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بجميع ما ذكرناه، بل منه يعلم عدم تحريرهم موضوع البحث عند الأصحاب، وأنّه الوقف المؤبّد الذي ذكر فيه الصرف على مصلحة خاصّة وقد تعذّرت، وأنّه لا محلّ هنا لقاعدة: «الميسور...» بعد ما سمعت من الأصل ومعلوميّة عدم قصد الواقف ذلك؛ إذ لم يصدر منه إلّا ذكر المصرف الخاصّ الذي يرتفع بارتفاع الخصوصيّة، كما هو واضح.

﴿ولو وقف على[1] وجوه البرّ﴾ الذي هو ـ كما قيل[2] ـ اسم جامع للخير كلّه ﴿وأطلق، صرف في الفقراء والمساكين وكلّ مصلحة يتقرّب بها إلى الله (سبحانه وتعالى)﴾ بلا خلاف محقّق أجده[3]، وإن تعلّق بعض وجوهه في الأغنياء أيضاً بعد أن يكون من الخير المأمور بفعله شرعاً، ولا يجب تحرّي الأكمل فالأكمل بعد إطلاق العنوان كما هو واضح.

وما عن الوسيلة[4] والجامع[5] من أنّ «سبل البرّ: الجهاد والحجّ والعمرة ومصالح المسلمين ومعونة الفقراء والضعفاء» لا خلاف فيه لما

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: في.

(٢) مغني المحتاج: ج ١ ص ٥، المجموع: ج ٨ ص ٤٠، عمدة القاري: ج ٩ ص ١٣٣، تفسير القرطبي: ج ٢ ص ٢٣٨.

(٣) صرّح بالحكم في المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٤، والمراسم: أحكام الوقوف ص ١٩٨، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٦، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٩.

(٤) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١.

(٥) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠.

ذكرنا، مع أنّ العنوان فيه «سبيل البرّ» لا وجوهه، وإن كانا هما بمعنىً.

﴿ولو وقف على بني تميم﴾ ونحوهم ممّا هو غير محصور ﴿صحّ﴾ ولو بني آدم ﴿ويصرف إلى من يوجد منهم﴾ ولا يجب عليه تتبّع غيرهم، بل لا يجب استيعاب الموجودين على الأصحّ، كما ستعرفه في المسألة العاشرة في اللواحق.

﴿وقيل﴾ والقائل ابن حمزة منّا[١] والشافعي[٢] من غيرنا: ﴿لا يصحّ؛ لأنّهم مجهولون﴾ فيتعذّر المصرف.

﴿والأوّل هو المذهب﴾ بل حكى الإجماع عليه غير واحد صريحاً وظاهراً وإشعاراً[٣]، مضافاً إلى إطلاق الأدلّة وخصوص خبر النوفلي: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله: عن أرض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان، وهم متفرّقون في البلاد؟ فأجاب عليه السلام: ذكرت الأرض التي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان ابن فلان، وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبّع من كان غائباً»[٤].

↑ ج ٢٨ / ٤٨

ويمكن حمل كلام المخالف على ما إذا علم إرادة الاستيعاب

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٣٧٠.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٣٤، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٣٨.

(٣) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٠، جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٩ ـ ٤٠، مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٤٩.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣٧ ج ٧ ص ٣٨، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٩٣.

المفروض تعذّره فيه، لا ما إذا علم العدم أو أطلق، وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه.

وعلى كلّ حال، ففي وجوب استيعاب من حضر على السويّة أو التفاوت ـ أو يكفي الصرف إلى أحدهم كالزكاة، أو إلى الثلاثة التي هي أقلّ الجمع مع فرض كون العنوان جمعاً ـ بحث يأتي تحقيقه عند تعرّض المصنّف له في المسألة العاشرة، والله العالم.

﴿ولو وقف على الذمّي جاز﴾ كما عرفت البحث فيه مفصّلاً[١] ﴿لأنّ الوقف تمليك فهو كإباحة المنفعة﴾ التي لا إشكال في جوازها له ولكلّ من لم نُنْهَ عن موادّته من الفرق الباطلة.

﴿وقيل[٢]: لا يصحّ؛ لأنّه يشترط فيه نيّة القربة﴾ وهي مفقودة فيه وفي كلّ فرقة غير محقّة، وفي أصل الاشتراط منع قدّمناه، وعلى تسليمه نمنع فقده بعد فرض مشرّعيّة[٣] العمومات له، فإنّه نفسه حينئذٍ قربة.

وقيل[٤]: لا يصحّ ﴿إلّا على أحد الأبوين﴾ المأمور بمعاشرتهما بالمعروف[٥].

﴿وقيل[٦]: يصحّ على ذوي القرابة﴾ خاصّة.

﴿والأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، كما عرفت الكلام فيه

---

(١) في ص ٧١...

(٢ و ٤ و ٦) تقدّم نقل الأقوال عند التعرّض لذلك الفرع (وانظر الهامش السابق).

(٣) في بعض النسخ بدلها: مشروعيّته لشمول.

(٥) سورة لقمان: الآية ١٥.

مفصّلاً، وكلام المصنّف صريح أو كالصريح هنا في عدم اشتراط نيّة القربة فيه، والله العالم.

﴿وكذا يصحّ على المرتدّ﴾ كما في القواعد[١] والمسالك[٢] لكن قيّده بما إذا كان عن ملّة، وزاد في الأخير: الفطري إذا كان امرأة.

ولم أجد شيئاً من ذلك لغيرهم، بل الذي عثرت عليه من محكيّ التذكرة[٣] والإيضاح[٤] وجامع المقاصد[٥] عدم الجواز في الملّي فضلاً عن الفطري الذي قد صرّح بعدم جواز الوقف عليه الشهيدان[٦] أيضاً وغيرهم[٧]، بل لم نعرف فيه خلافاً عدا ما يحكى عن التذكرة أنّه حكى فيه قولاً[٨].

↑ ج ٢٨ / ٤٩

ولم نعرفه، بل ولا وجهه بناءً على عدم قبول توبته وعدم قابليّته للتملّك، كما صرّح به في المسالك[٩]، بل وعلى تقدير قبول توبته فلا أقلّ من أن يكون حينئذٍ مساوياً للملّي الذي قد عرفت التصريح

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٢.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٩ (الطبعة الحجرية).

(٤) إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨.

(٥) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥١.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٥، مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٠، حاشية الإرشاد (ذيل غاية المراد): الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٣٢.

(٧) كالعلّامة في التحرير: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٢٩٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٩ (الطبعة الحجرية).

(٩) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٠.

أيضاً بعدم جواز الوقف عليه.

ولعلّ الوجه فيه: ما سمعته في الحربي؛ ضرورة عدم إقراره على دينه الذي يرجع إليه، وقبول توبته لا يخرجه عن الحربي الذي نُهينا عن موادّته[1] وإن كان مقبول التوبة، فيجري فيه حينئذٍ ما يجري فيه، وقد عرفت[2] عدم جواز الوقف عليه، وإن قال المصنّف هنا: ﴿وفي﴾ الوقف على ﴿الحربيّ تردّد أشبهه المنع﴾ لكن قد عرفت الكلام فيه مفصّلاً[3]، والله العالم.

﴿ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف﴾ على المشهور[4]، بل لم أقف فيه على مخالف إلّا ابن الجنيد كما اعترف به في المسالك[5]، بل قد سمعت فيما سبق[6] إجماعَي الغنية والسرائر على كونه معروفاً متميّزاً، بل لعلّ كون الموقوف عليه من أركان العقد من ضروريّات الفقه.

بل لعلّ ابن الجنيد غير مخالف في ذلك؛ فإنّ المحكي عنه: «لو قال: صدقة لله، ولم يذكر من يتصدّق بها عليه جاز ذلك، وكانت في

---

(١) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٢ و٣) في ص ٦٨...

(٤) صرّح بالحكم في الخلاف: الوقف / مسألة ١١ ج ٣ ص ٥٤٤، والمهذّب: الوقوف / باب الوقوف ج ٢ ص ٨٧، وتحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٢٩٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٣ ج ٣ ص ٢١١.

(٥) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٠.

(٦) في ص ٦٠.

أهل الصدقات الذين سمّاهم الله تعالى»[١].

وهو ليس خلافاً في أصل اعتبار الموقوف عليه، بل هو دعوى انصراف ذلك إلى أهل الصدقات، وليس بأبعد من انصراف الوقف على مصلحة إلى المسلمين باعتبار عودها إليهم.

ولعلّه لذا مال إليه في المختلف[٢]، واقتصر في الدروس على نقل القولين مشعراً بالتردّد[٣]، بل ربّما يؤيّده: معلوميّة صحّة الوصيّة بالثلث وإن لم يعيّن مصرفه، ودعوى[٤]: عدم جواز ذلك أو اختصاص الوصيّة به دون الوقف ـ مع أنّ كلّاً منهما عقد ـ كما ترى، وكذا نذر الصدقة بالمال، وحينئذٍ فلا وجه لردّه: بأنّ الوقف يقتضي التمليك المستلزم لذاتٍ تقوم به كما في كلّ عَرَض بالنسبة إلى جوهر، بل لايخلو قوله من قوّة.

نعم، لو فرض ملاحظة الواقف عدم موقوف عليه اتّجه البطلان فيه، بل وفي المصالح أيضاً ونحوها، وأمّا إذا كان يكفي في ملاحظته ما يرجع إليه فهو متحقّق في المقام، فتأمّل جيّداً.

﴿وكذا لو وقف على غير معيّن؛ كأن يقول: على أحد هذين، أو على أحد المشهدين، أو الفريقين، فالكلّ باطل﴾ بلا خلاف

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٢٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٩.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٧٠.

أجده[١]، بل في المحكي من إجماعَي الغنية[٢] والسرائر[٣]: اعتبار كونه معروفاً متميّزاً.

مضافاً إلى: ما عرفت من اقتضاء الوقف التمليك، الذي لابدّ له من مالك معيّن ولو في ضمن عامّ أو مطلق، ولا يعقل تمليك ما ليس بمعيّن.

↑ ج ٢٨ / ٥٠

ولما في المسالك من أنّ «الوقف حكم شرعي، فلابدّ له من محلّ معيّن يقوم به، كما يفتقر مطلق العرض إلى المحلّ الجوهري، وأحد الأمرين كلّي لا وجود له خارجاً وإن كان كلّ واحد منهما موجوداً خارجاً»[٤].

ومقتضاه: اختصاص البطلان بالمبهم الذي لا يتقوّم في فرد في الخارج، أمّا لو كان الموقوف عليه «أحدهما» الصادق في كلّ منهما فلا بأس به، ولعلّه لقابليّته حينئذٍ التمليك كغيره من المفاهيم الكلّيّة المالكة والمملوكة، ولا دليل على اعتبار العلم في الموقوف عليه على وجهٍ تقدح فيه مثل هذه الجهالة.

ولا ينافي ذلك ما في القواعد: من الحكم بالبطلان في رجل غير معيّن أو امرأة كذلك[٥] بناءً على إرادته المبهم الذي لا يتحقّق في فرد

---

(١) صرّح بالحكم في الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠، وإرشاد الأذهان: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٤، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٧٠، والتنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٣ ج ٣ ص ٢١١.

(٢) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧ و٢٩٨.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦ و١٥٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥١.

(٥) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩١.

ولا يعقل تمليكه بل ولا تملّكه لا في المقام ولا في الوصيّة. كما لا ينافيه اعتبار المعرفة والتمييز في معقد الإجماعين؛ ضرورة الاكتفاء فيهما بالإطلاق والعموم.

ولا يتوهّم انحلال ما ذكرناه إلى الوقف عليهما؛ ضرورة اقتضاء ذلك التنصيف بينهما. وجواز تناول كلّ منهما من حيث إنّه مصداق لأحدهما لا يقتضي الوقف عليهما من حيث الخصوصيّة، كما هو واضح.

﴿وإذا وقف على أولاده أو إخوته أو ذوي قرابته، اقتضى الإطلاق: اشتراك الذكور والإناث والأقرب[1] والأبعد﴾ بعد فرض التساوي في صدق القرابة عرفاً ﴿والتساوي في القسمة، إلّا أن يشترط ترتيباً﴾ فيهم ﴿أو اختصاصاً﴾ لبعضهم على بعض ﴿أو تفضيلاً﴾ له على آخر بزيادة النصيب ولو للأُنثى أو الأبعد.

بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك[2]، بل ولا إشكال؛ ضرورة اقتضاء الإطلاق ذلك كاقتضاء قاعدة «المؤمنون...»[3]

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: والأدنى.

(٢) نفى الخلاف في كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٧، ومفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٦٢٣.

وصرّح بالحكم في تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٩، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٥، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥١، والحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ٢٢٣.

(٣) يأتي في ص ١٨٢.

و«الوقوف...»[١] على ما اشترطه.

وما عن الإسكافي: من أنّ للذكر مثل حظّ الأُنثيين في الوقف على الأولاد والذرّيّة[٢]، في غير محلّه، إلّا أن يريد الوقف عليهم على حسب الإرث، لا مع الإطلاق الظاهر في التساوي كما هو واضح.

نعم، الظاهر خروج الإناث مع فرض كون الصيغة تخصّ الذكور إلّا مع القرينة، وما في المسالك[٣] وغيرها[٤] من أنّ «الإناث يدخلن تبعاً في اللفظ المختصّ في مثل هذه الإطلاقات، كما يدخلن في الأوامر الشرعيّة المختصّة بالذكور إجماعاً» كما ترى؛ ضرورة الفرق بينهما: بمعلوميّة دليل الاشتراك فيها دون المقام، إلّا مع فرض القرينة على إرادة الجميع، كما هو واضح.

ج ٢٨ / ٥١

﴿ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا جميعاً﴾ لاشتراكهم في أصل الوقف الظاهر في التسوية، بلا خلاف أجده فيه[٥] وإن حكي[٦] عن ابن الجنيد.

لكن لم أتحقّقه، وإنّما المحكي عنه أنّه روى عن الباقر عليه السلام: «إذا

(١) تقدّم في ص ١٧.
(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٨ و٣٢٤.
(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥١.
(٤) كالحدائق الناضرة: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٢٢ ص ٢٢٣.
(٥) كما في غاية المراد: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٣٤.
(٦) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٢.

أوصى بشيء معيّن لأعمامه وأخواله، كان لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث»[١]. والرواية ليست فتوى، والوصيّة غير الوقف، وعلى تقديره فهو واضح الضعف.

﴿وإذا وقف على أقرب الناس إليه، فـ﴾في القواعد[٢] وغيرها[٣] بل المشهور[٤]: ﴿هم الأبوان والولد وإن سفلوا، فلا يكون لأحد من ذوي القرابة شيء ما لم يعدم المذكورون، ثمّ الأجداد والإخوة وإن نزلوا، ثمّ الأعمام والأخوال على ترتيب الإرث، لكن يتساوون في الاستحقاق إلّا أن يعيّن التفضيل﴾ لتساويهم في سبب الاستحقاق.

لكن في محكيّ المبسوط: «أنّ المتقرّب بالأبوين من الإخوة أولى مطلقاً؛ لأنّ الانفراد بقرابة يجري مجرى التقدّم بدرجة»[٥].

وقوّاه في محكيّ المختلف[٦]، بل اختاره في محكيّ التحرير، بل زاد: الأعمام والأخوال فجعل المتقرّب بالأبوين منهم مقدّماً على

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٤.

(٢) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٣.

(٣) كالوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١، وتحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٣، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٧.

(٥) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٧.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٢٧.

غيره[١] وإن كان متقرّباً بالأُمّ[٢]، الذي عن بعضهم[٣] استبعاد دخوله وخروج المتقرّب بالأب.

لكن في الجميع: أنّ مبنى كلام الأصحاب تعليق قصد الواقف على مفهوم «الأقرب» في الواقع، الذي كشف عنه الشرع بما ذكره في الميراث الذي سببه آية «وأُولو الأرحام...»[٤]؛ لأنّ الناس لا يعلمون أيّهم أقرب إليهم.

نعم، لو كان قصد الواقف على ما هو أقرب في ظاهر ما عندنا من العرف، اختلف مع الميراث في كثير من الأفراد، لا في خصوص ما ذكروه كما هو واضح.

↑ ج ٢٨ / ٥٢

﴿القسم الرابع: في شرائط الوقف﴾

﴿وهي أربعة: الدوام، والتنجيز، والإقباض، وإخراجه عن نفسه﴾ بلا خلاف أجده في الأوّل[٥] بمعنى عدم توقيته بمدّة كسنة ونحوها، بل الإجماع محصّله ومحكيّه في الغنية[٦] وعن الخلاف[٧]

---

(١) في بعض النسخ بدل «فجعل...» إلخ: فقدّم المتقرّب منهم بالأبوين على غيره.

(٢) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣١٠.

(٣) كالسبزواري في الكفاية: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٧.

(٤) سورة الأنفال: الآية ٧٥.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٣٤.

(٦) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٧) الخلاف: الوقف / مسألة ١٦ ج ٣ ص ٥٤٨.

والسرائر [١] عليه.

وبذلك يخصّ عموم «أوفوا بالعقود» [٢] بناءً على أنّه منها، بل وعمومات الوقف أيضاً إن لم نقل باعتبار ذلك في مفهومه كما هو ظاهر تعبيره عنه بالشرطيّة، وإلّا فلا شمول فيها له حينئذٍ.

وحينئذٍ ﴿فلو﴾ وقفه و﴿قرنه بمدّة بطل﴾ قطعاً مع فرض إرادته وقفاً، أمّا إذا لم يعلم فهل يكون التوقيت قرينة على إرادته حبساً كما صار التأبيد قرينة على إرادة الوقف لو كان اللفظ حبساً ولو لأصالة الصحّة؟

صرّح المصنّف والشهيدان في الدروس [٣] والمسالك [٤] والروضة [٥] بالأوّل منهما، وفي جامع المقاصد: «فيه قوّة» [٦].

لكن قد يناقش: بعدم صلاحيّة ذلك صارفاً عن المعنى الحقيقي ولو بملاحظة أصالة الصحّة التي لامدخليّة لها في الدلالة على المقصود الشامل للصحيح والفاسد بعد ظهور اللفظ في الحقيقة المقتضية للفساد.

نعم، لو قيل: بصيرورته حبساً وإن قصد معنى الوقف ـ بدعوى: أنّه قدر مشترك بينهما كما عساه يظهر من بعضهم [٧]، وأنّ تشخيص كلّ

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦ و١٥٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٤.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٣.

(٥) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٩.

(٦) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٦.

(٧) كالكركي والشهيد الثاني: (انظر الهامش السابق و«المسالك» الآنف الذكر).

منهما يحصل بذلك ونحوه ـ كان متّجهاً.

إلّا أنّه كما ترى؛ ضرورة تباينهما مفهوماً حتّى بالنسبة إلى تمليك العين، وإن اشتركا في شيءٍ في الجملة نحو اشتراك البيع والصلح مثلاً في نقل العين.

على أنّك قد عرفت فيما مضى أنّ التمييز ـ على هذا الفرض ـ منحصر في القصد حينئذٍ، فمع فرض عدمه يبطلان معاً، كما هو واضح.

ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد[1] ـ بعد أن ذكر التعليل المزبور ـ: «إنّما يتمّ مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان»[2].

وإن ناقشه في الرياض بـ«أنّه كذلك بناءً على المختار من اشتراط الدوام، وأمّا على مختاره من التردّد في اشتراطه فلا وجه للقطع به، ولعلّ مراده على تقدير اشتراطه»[3].

ولكن يدفعها: أنّ تردّده فيه بالنسبة إلى المسألة الآتية، لا بالنسبة إلى التوقيت الذي لم نعرف قولاً بصحّته، بل ولا احتمالاً.

↑ ج ٢٨ / ٥٣

ومن ذلك يظهر لك: أنّ ما أتعب به نفسه ـ حتّى أنّه ذكر[4] أدلّة المسألة الآتية وما فيها من الشهرة وغيرها في هذه المسألة ـ في غير محلّه واشتباه.

---

(١) انظر الهامش قبل السابق.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٣.

(٣) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٧.

(٤) المصدر السابق: ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

وكأنّ الذي أوقعه في ذلك ما في الكفاية : من نسبة القول باعتبار الدوام إلى جماعة ، وفرّع عليه الاقتران بمدّة[١] ، إلّا أنّه لم يذكر فيه أيضاً قولاً بالصحّة وقفاً ، بخلاف المسألة الآتية فإنّه هو قد اختار الصحّة وقفاً .

كما أنّه غرّه في الاستدلال في المقام على الصحّة حبساً بالصحيحين ، فقال : «الأظهر الاستدلال عليه بصحيح ابن مهزيار : (قلت له : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة ، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة ، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام ، فكتب عليه السلام : هو كذلك عندي)[٢]» .

«وصحيح ابن[٣] الصفّار : (كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي : أنّ الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثة ، وإذا كان موقّتاً فهو صحيح ممضي ، وقال قوم : إنّ الموقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله عزّ وجلّ الأرض ومن عليها ، قال : وقال آخرون : هو موقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن

---

(١) كفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ١٠.

(٢) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣١ ج ٧ ص ٣٦، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٨ ج ٩ ص ١٣٢، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٩٢.

(٣) يحتمل الضرب عليها في المعتمدة.

عليها، والذي هو غير موقّت أن يقول: هـذا وقـف ولم يـذكر أحـداً، فما الذي يصحّ من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقّع عليه السلام: الوقوف بـحسب ما يوقفها[1] إن شاء الله تعالى)[2]».

ثمّ قال: «وهما وإن دلّا ظاهراً على الصحّة وقـفاً، إلّا أنّ حـملهما على الصحّة حبساً متعيّن جدّاً؛ جمعاً بينهما وبين ما دلّ على كون التأبيد شرطاً ورجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثاً، فإنّه من لوازم الحبس كما يأتي إن شاء الله تعالى»[3].

وفيه: أنّه لا وجه لما ذكره في الصحيح الثاني المشتمل على تفسير الموقّت فيه بما سمعت، بل هو شاهد على إرادته أيضاً مـن الصـحيح الأوّل كما ذكره شيخ الطائفة[4]، خصوصاً بملاحظة كونه المعروف فيما بينهم من السؤال والنزاع فيه، لا المقرون بمدّة الذي لم يـعرف قـديماً وحديثاً قول بصحّته وقفاً، ولا أقلّ من احتمال ذلك فـيها عـلى وجـهٍ يرتفع ظهورها، فكيف يصحّ الاستدلال بها؟!

↑ ج ٢٨ / ٥٤

ومنه يعلم: كون المراد من معاقد الإجماعات على اعـتبار الدوام عدم التوقيت بمدّة، كما هو صريح ابن زهـرة[5] وغـيره[6]، وإلّا كـان

---

(١) في بعض النسخ ـ مطابقاً للرياض ـ بعدها إضافة: أهلها.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابقين: ح ٩، و«الوسائل»: ح ٢.

(٣) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٦.

(٤) انظر ذيل مصدر «التهذيب» في الهامش (٢) من الصفحة السابقة، والاستبصار: الوقـوف / باب ٦٢ من وقف وقفاً ذيل ح ١ ج ٤ ص ٩٩.

(٥) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٦) كالسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦ و١٥٧.

ما تسمعه منهم من الخلاف في صحّته وقفاً لو وقف على من ينقرض غالباً متدافع [١] مع ذلك ؛ ضرورة منافاته للإجماع على اعتبار الدوام المنافي لذلك .

ودعوى : كون النزاع في صحّته حبساً وعدمها ـ لا وقفاً ـ لا يخفى بطلانها على من له أدنى ممارسة ودرية ، كدعوى : الاستدلال بعموم الجواب في الثانية على المطلوب ؛ ضرورة كونه ـ كما ستعرف ـ دالّاً على الصحّة منقطعاً لا الحبس .

وبذلك كلّه ظهر لك الخلط في كثير من كلمات المتأخّرين في تحرير موضوع المسألة ، الذي قد عرفت أنّه لا كلام في بطلانه وقفاً في الاقتران بمدّة ، وإنّما الكلام في صحّته حبساً بمعنى : أنّ ذلك قرينة على قصده الحبس أو لا؟ وقد سمعت الحال فيه .

﴿وكذا﴾ قد سمعت غير مرّة اعتبار التنجيز في كلّ سبب شرعي إلّا ما أُخرج ، وأنّه يبطل ﴿لو علّق﴾ شيئاً منـ﴿ـه بصفة متوقّعة﴾ الحصول فيما يأتي ، بل أو متيقّنة ، بلا خلاف ولا إشكال فيه كما تسمع تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى [٢] .

﴿وكذا﴾ ظهر لك الحال في الجملة ﴿لو جعله﴾ وقفاً ﴿لمن ينقرض غالباً﴾ ؛ كأن يقفه على زيد ويقتصر ، أو يسوقه إلى بطون ينقرضون [٣] غالباً ، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد

---

(١) الأولى التعبير بـ «متدافعاً» .

(٢) في بعض النسخ بدل «إن شاء الله تعالى» : أيضاً .

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك : تنقرض .

الانقراض﴾ وأنّ هذه مسألة ثانية لاتتفرّع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور.

﴿و﴾ تحقيق البحث فيها: أنّه ﴿لو فعل ذلك قيل: يبطل الوقف﴾ كما عن المبسوط إرساله أيضاً[١]، ولكن لم أتحقّق قائله.

نعم، في القواعد[٢] ومحكيّ الوسيلة[٣] وجامع الشرائع[٤] والإرشاد[٥] والمختلف[٦] والتنقيح[٧] والمقتصر[٨] وإيضاح النافع[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢] وكذا الروض[١٣] التصريح بكونه حبساً.

↑ ج ٢٨ / ٥٥

وهو يوهم في بادئ النظر ذلك، لكن من المحتمل إرادتهم الحبس

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢.

(٢) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨.

(٣) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠.

(٤) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٠.

(٥) إرشاد الأذهان: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٢.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٣.

(٧) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٨) المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢٠٩.

(٩) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٦٥.

(١٠) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٨ ـ ١٩.

(١١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٥.

(١٢) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٩.

(١٣) «وكذا الروض» ضرب عليها في بعض النسخ، ونقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٦٥.

حكماً كما يقضي بذلك بعض كلماتهم، بل هو صريح المختلف[١] والمسالك[٢]، وفي جامع المقاصد ـ بعد أن حكى عن التذكرة عدم نقل العين منه إلى الموقوف عليه، معلّلاً له: بأنّ ذلك في المؤبّد منه ـ قال: «فعلى هذا بعض أقسام الوقف كان حبساً، وحينئذٍ فالنزاع يرجع إلى التسمية فقط»[٣] انتهى.

﴿وقيل: يجب إجراؤه حتّى ينقرض المسمّون﴾ بمعنى: أنّه يصحّ وقفاً كما هو صريح جماعة[٤]، بل في جامع المقاصد: نسبته إلى الشيخين والمختلف والتذكرة وأكثر الأصحاب[٥]، بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناءً على إرادة المساواة في الحكم من التصريح بكونه حبساً.

وبذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب في المسألة؛ فـ:

في المختلف[٦] ومحكيّ الإيضاح[٧]: نسبة صحّته وقفاً إلى الشيخين وابن الجنيد وسلّار وابن البرّاج وابن إدريس، وقال ابن حمزة: يكون حبساً بلفظ الوقف.

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٥.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٤) مال إليه في تحرير الأحكام: الوقف / في شرائطه ج ٣ ص ٢٩٢، وهو ظاهر المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٥، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٥.

(٥) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٧.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٢.

(٧) إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٧٩.

وعن المهذّب البارع مثل ذلك[١].

وفي التنقيح: نسبته إلى النافع والشيخ وابني حمزة وإدريس والعلّامة[٢].

وفي محكيّ المقتصر: أنّه يكون سكنى أو عمرى أو حبساً بلفظ الوقف، ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما[٣] وأبي علي[٤] وابن إدريس والمصنّف في النافع[٥].

وقد سمعت ما في جامع المقاصد.

ولا تلتئم كلماتهم إلّا على ما ذكرنا، مؤيّداً: بأنّ المفهوم من أدلّتهم وعنوانهم وغير ذلك كون البحث في صحّة الوقف المنقطع آخره وبطلانه، ومن المعلوم أنّ المراد مع قصد الوقفيّة، وهذا لا يمكن القول بصحّته حبساً؛ ضرورة كون الحبس عقداً آخر يحتاج إلى قصد مستقلّ، وهو مباين لقصد الوقف المقتضي لنقل العين للموقوف عليه وخروجها عن الواقف، بخلاف الحبس، فلا يتصوّر حينئذٍ القول به في مفروض المسألة إلّا على إرادة المساواة له في الحكم، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

نعم، القول بالحبس في مسألة أُخرى، وهي أنّه ـ بعد البناء على

---

(١) المهذّب البارع: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٥٠ ـ ٥١.

(٢) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٢.

(٣) في المصدر: وتلميذيهما.

(٤) «أبي علي» لم ترد في المصدر.

(٥) المقتصر: كتاب الوقوف ص ٢٠٩.

بطلان الوقف المنقطع ـ لو عبّر بلفظ «وقفت» وجعل متعلّقها منقرضاً، فهل يكون ذلك قرينة على قصد الحبس دون الوقف نحو ما سمعته في الاقتران بمدّة؟ وهذه مسألة لفظيّة لها طريق آخر من الاستدلال، لا نحو هذا المذكور في كلماتهم، وقد عرفت تحقيق الحال في نظيرها وهي الاقتران بمدّة.

↑ ج ٢٨ / ٥٦

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد[١] والمسالك[٢] من ذكر أقوال ثلاثة، أحدها: الحبس في مفروض مسألة المتن وغيره من كتب الأصحاب التي هي صحّة الوقف المنقطع وعدمها.

وأعجب من ذلك ما أطنب به في الرياض من أنّ المسألة ذات قولين، أحدهما: البطلان مطلقاً، والآخر: الصحّة، والمراد الصحّة حبساً لا وقفاً، واستشهد على ذلك بتصريح جماعة ممّن قال بالصحّة بانتقال العين الموقوفة بعد الانقراض إلى الواقف وورثته، وهذا من لوازم الحبس، فتكون كلمة القائلين بالصحّة متّفقة على إرادة الصحّة حبساً لا وقفاً[٣].

وهو من غرائب الكلام، وما كنّا لنؤثر وقوع ذلك منه، خصوصاً بعد قول جماعة منهم[٤] بالانتقال إلى ورثة الموقوف عليه، وقول آخر أنّه

(١) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٦.
(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٤.
(٣) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٨ ـ ١٠٩.
(٤) انظر هامش (٤) من ص ١٢٣.

يصرف في وجوه البرّ[١]، وتصريح غير واحد بأنّ الأكثر على صحّته وقفاً[٢]، بل التتبّع يشهد به، بل قد عرفت عدم إمكان تصوّر القول بصحّة ذلك حبساً.

وما ذكره من اللازم المزبور كاد يكون صريحاً بخلافه؛ ضرورة ظهور كلام بعض[٣] وصريح آخر[٤] بعود ذلك إلى الواقف بعد الانتقال إلى الموقوف عليه، وهذا لا يكون في الحبس الذي لم تنتقل فيه العين عن المالك. والمصرِّح ببقاء العين هنا ـ مع ندرته ـ مدّعٍ أنّ هذا الوقف له حكم الحبس، وإنّما الذي يخالفه الوقف المؤبّد دونه.

وبالجملة: لا ينبغي التأمّل في خبط تحرير المسألة منه ومن غيره، والتحقيق ما عرفت.

كما أنّ التحقيق فيها القول بالصحّة ﴿و﴾ أنّه ﴿هو الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، لا لكثير ممّا ذكروه ممّا هو محلّ للنظر، بل لأصالة عدم الاشتراط المستفادة من عموم أدلّة العقود وخصوص أدلّة الوقف، سيّما نحو قولهم عليهم السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[٥] وخصوصاً الصحيحان المزبوران[٦] الظاهران أو الصريحان ـ بعد تفسير أحدهما بما في الآخر ـ في أنّ الوقف الموقّت المحكوم بصحّته فيهما

(١) اختاره ابن زهرة في الغنية: في الوقف ص ٢٩٩.
(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٧.
(٣ و٤) انظر هامش (٣) فما بعده من ص ١٢٢.
(٥) تقدّم في ص ١٧.
(٦) في ص ١١٩ ـ ١٢٠.

الأعمّ من القسمين.

بل هما ظاهران أو صريحان ـ لمن وهبه الله تعالى قريحة نقّادة ـ في أنّ كلّ وقف موقّت صحيح، وكلّ وقف غير موقّت باطل مردود على الورثة، ففي مثل المفروض هو موقّت ما دام الموقوف عليه موجوداً، وغير موقّت إذا انقرضوا، فيثبت له حكم كلّ منهما من الصحّة والفساد؛ ضرورة أنّ قوله عليه السلام في الصحيح الأوّل: «هو كذلك عندي» تقرير للكلّيّتين المفسّرتين بالصحيح الآخر الذي هو كالصريح في صحّة الوقف بالتفسير الثاني منهما، وهو مفروض مسألتنا، فالجمع بينهما حينئذٍ نتيجة ما ذكرناه.

↑ ج ٢٨ / ٥٧

بل من قوله عليه السلام: «على حسب...» إلى آخره يستفاد أيضاً اعتبار موقوف عليه في الصحّة، وإلّا لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ «حسب» هنا، كما أنّ منه يستفاد تأثير عقد الوقف بالنسبة إلى نقله العين والمنفعة على حسب ما تضمّنه العقد، وما زاد عليه ممّا لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقّت الذي حكم ببطلانه ورجوعه إلى الوارث.

بل لا يخفى ظهور قوله عليه السلام في الصحيح الأوّل: «باطل مردود على الورثة» في نحو المفروض؛ لظهور لفظ «الردّ» في ذلك، وكذا «الورثة»؛ إذ لو كان المراد خصوص الباطل من أوّل الأمر لكان الردّ فيه على الواقف الذي لم ينتقل عنه حتّى يردّ عليه، فتأمّل جيّداً.

ودعوى[١]: أنّ ملك العين لا يكون إلى أمد، وأنّها متى خرجت عن ملك المالك يحتاج عودها إلى سبب جديد.

واضحة الفساد، لا لما في المسالك: من النقض بالحبس وأخويه[٢]؛ ضرورة اقتضائها نقل المنافع لا العين التي لا إشكال في بقائها على ملك المالك في الثلاثة، بل لأنّها كالاجتهاد في مقابلة النصّ والفتوى في الوقف الذي قد شرّع نقله على هذا الوجه، ولذا يتغيّر بتغيّر الأوصاف التي منها الحياة والموت والفقر والغنى والعلم والجهل... وغير ذلك، وفي الجميع يتلقّى الثاني الملك عيناً ومنفعةً من الواقف، لا من زائل الوصف.

وحينئذٍ فلا بأس في مفروضنا من دعوى كون العين المملوكة[٣] للموقوف عليه ـ المفروض انقراضه ـ مادام موجوداً مثلاً، وبعده تعود إلى الواقف؛ لأنّ عقد الوقف بعد فرض مشروعيّته على هذا الوجه إنّما اقتضى نقلها عن المالك مادام الموقوف عليه غير منقرض، ومتى صار غير موقّت صار باطلاً مردوداً على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأوّل، فلا يحتاج حينئذٍ إلى سبب جديد؛ لأنّ الناقل عن مقتضى الملك إنّما نقل هذا المقدار.

↑ ج ٢٨ / ٥٨

وليس هذا من التوقيت في الملك أو في الوقف الذي قد حكينا

---

(١) كما في السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٥ و١٦٦.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٥.

(٣) سلاسة العبارة تقتضي أن تبدّل هذه الكلمة بـ«مملوكة».

الإجماع على عدم جوازه؛ ضرورة كون ذلك الذي قد أُخذت فيه المدّة غاية، لا ما إذا جاءت[1] تبعاً لانقراض الموقوف عليه، فالعود إلى الملك بانتهاء سبب النقل كالعود بسبب الفسخ بالإقالة والخيار اللذين ليسا سبب ملك جديد للمال الذي خرج عن ملك المالك، وإنّما هما سبب فسخ للسبب الذي اقتضى النقل، فعاد مقتضى السبب الأوّل على حاله، بل لعلّ ذلك هو الأصل في بطلان كلّ سبب طارٍ على السبب الأوّل الذي منه ما نحن فيه، كما هو واضح.

ومن ذلك كلّه ظهر لك: أنّه لا وجه للقول بانتقاله إلى ورثة الموقوف عليه كما في المقنعة[2] ومحكيّ السرائر[3]، بل ربّما حكي عن سلّار[4] أيضاً، بل مال إليه أو قال به الفاضل في محكيّ التحرير[5]؛ باعتبار كونه ملكاً لمورّثهم.

إذ المورّث إنّما ملكه على الوجه المزبور، فلا يدخل في تركته حتّى تشمله أدلّة الإرث.

وكذلك القول بصرفه في وجوه البرّ، الذي جعله في الغنية أحوط[6]، ونفى عنه البأس في المختلف[7].

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: فيه.

(٢) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٥.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٥.

(٤) المراسم: أحكام الوقوف ص ١٩٨ (في عبارته نوع إجمال).

(٥) تحرير الأحكام: الوقف / في شرائطه ج ٣ ص ٢٩٢.

(٦) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٩.

(٧) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

إذ هو إمّا مبنيّ على بقائه[١] وقفاً وترك ذكر المصرف فيه فيصرف فيها، أو على أنّه مال جهل مالكه ولو من حيث الأدلّة الشرعيّة بمعنى عدم دليل بالخصوص يشخّص مالكه، وكلاهما كما ترى:

ضرورة عدم صحّة بقائه وقفاً بعد فرض أنّ الواقف لم يقصد بوقفه إلّا على خصوص المفروض انقراضهم، وقد عرفت أنّه عليه السلام قال: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[٢]، فبقاؤه وقفاً حينئذٍ وصرفه في ذلك منافٍ للعنوان المزبور قطعاً.

وأمّا دعوى كونه مجهول المالك شرعاً، فيدفعها: ما عرفت من أنّ عقد الوقف لم يقتض إلّا الإخراج عن الملك بالقدر المزبور، وما عرفت من التصريح برجوع الوقف إلى الورثة وأنّه المراد بعدم التوقيت الذي منه ما نحن فيه بعد الانقراض.

نعم، قد يتوقّف في انتقاله ـ مع فقد الواقف ـ إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه؛ باعتبار صيرورته بحكم ماله في ذلك الوقت، فلا مدخليّة للوارث السابق الذي كان وارثاً للمال الذي هو للميّت حال موته.

ج ٢٨ / ٥٩

أو إلى الوارث الأوّل باعتبار تأهّل الميّت لصيرورته ملكاً له بانقراض الموقوف عليه؛ لأنّ الملك إنّما خرج عنه متزلزلاً، وهذا التأهّل ينتقل إلى وارثه؛ لأنّ كلّ ما هو له يكون لوارثه، فهو حينئذٍ

---

(١) في بعض النسخ: إبقائه.

(٢) تقدّم في ص ١٧.

كفسخ المشتري بخياره بعد موت الميّت بمدّة ، فإنّه يكون المبيع للوارث الأوّل ولو لأنّ انتقال المبيع عنه كان متزلزلاً بفسخ المشتري ؛ إذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه متزلزلاً .

ولعلّ الثاني منهما لا يخلو من قوّة ، وإن أمكن الفرق بين المشبّه والمشبّه به : بوجود الثمن في البيع الذي ملكه البائع متزلزلاً والفسخ يقتضي ردّ العوض ، بخلاف المقام ، إلّا أنّه فرق لا ينافي ما ذكرناه من القوّة التي مبناها تناول أدلّة الإرث لمثل ذلك .

وبذلك كلّه ظهر لك وجه القول بالرجوع إلى ورثة الواقف على فرض الصحّة وقفاً .

وأمّا دعوى : أنّ الفرض وإن كان وقفاً إلّا أنّه لا يفيد إلّا مفاد الحبس ؛ حتّى ذكر بعضهم[1] ندور الثمرة في الفرق بينهما ، وإنّما هي في النذر والوصيّة والنيّة المصحّحة لمثل هذا الوقف إن كان متعلّقها الحبس ، والمُفسدة له إن كان الوقف . . . ونحو ذلك ، فلا يفيد حينئذٍ نقل العين إلى الموقوف عليه وإن أفاده في المؤبّد .

فيدفعها : ظهور أدلّة الوقف في اتّحاد مقتضاه في جميع أفراده ؛ وإلّا لاقتضى التوقّف حينئذٍ في الحكم بملك العين وعدمه في نحو الفرض المحتمل لانقراض الموقوف عليه وعدمه ، وهو معلوم البطلان كما هو واضح .

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٥، والطباطبائي في الرياض: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٨.

ومن الغريب دعوى هؤلاء كون الفرض من الحبس وقولهم بندور الثمرة بينه وبين الحبس ؛ ضرورة عدم معقوليّة ذلك إلّا على جعله وقفاً ، كي يتّجه ظهورها بمثل النذر واليمين ، وكلّ ذلك ناشٍ من عدم تحريرهم المسألة على وجهها .

ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه : ما في كثير من الكلمات في المقام ، فضلاً عمّا فيها من التشويش ، والله الهادي والحافظ من زلل الأقدام والأقلام .

ولا ما في دليل القول بالبطلان الذي أرسله الشيخ[١] ، المبني على دعوى : اعتبار الدوام في الوقف على وجهٍ يشمل الفرض ، وهي مصادرة محضة .

كدعوى : رجوع ذلك إلى التوقيت الذي قد عرفت بطلانه ؛ للفرق الواضح بينهما .

↑ ج ٢٨ / ٦٠

وعلى أنّه يكون وقفاً على مجهول ، وهو باطل . وفيه : أنّ المجهول إن اُريد به بالابتداء فظاهر فساده ، وإن اُريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلاً ، فلا يحكم عليه بالجهالة ؛ إذ بعد انقراضه يبطل الوقف ويصير موروثاً كما عرفت .

وكذا ظهر لك الحال أيضاً فيما ذكره المصنّف وغيره[٢] بقوله : ﴿فإذا

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٢، الخلاف: الوقف / مسألة ٩ ج ٣ ص ٥٤٣.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى القائل بذلك خلال الفرع.

انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف، وقيل[١]: إلى ورثة الموقوف عليهم﴾ وقيل[٢]: يصرف في وجوه البرّ ﴿و﴾ أنّ ﴿الأوّل أظهر﴾ وأشهر، بل المشهور، والله العالم.

هذا كلّه فيما لو حصل الانقراض في الموقوف عليه.

أمّا مع فرض دوام له وإن كان محتملاً من أوّل الأمر، فلا وجه لاحتمال البطلان حينئذٍ، فلو قال: «وقفت على أولادي ونسلهم، فإن مات الأولاد ولا نسل فعلى إخوتي، فإذا انقرض النسل فعلى الفقراء» واتّفق حصول النسل وانقراضهم صحّ الوقف بلا إشكال؛ لعموم «الوقوف...»[٣] وغيره.

لكن في الدروس: «ربّما احتمل البطلان على تقدير انقراض النسل؛ لأنّه لم يعلم تأبيده حال العقد»[٤].

وهو كما ترى؛ لأنّ المصحّح صرفه إلى جهة مؤبّدة وإن لم تكن معلومة الوقوع، ومن ثَمَّ لو بقي النسل أبداً صحّ الوقف.

كما أنّ ما ذكرناه من الصحّة إنّما هو في منقطع الآخر، بخلاف منقطع الأوّل الذي قد عرفت سابقاً[٥] بطلانه، خلافاً للشيخ[٦].

(١ و٢) تقدّمت الإشارة إلى القائلين بذلك خلال الفرع.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٥.

(٥) في ص ٦١...

(٦) الخلاف: الوقف / مسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٤٤.

وأمّا منقطع الوسط فالظاهر الصحّة إليه ثمّ البطلان بعده، فلو وقف على زيد ثمّ على عبده ثمّ على المساكين، صحّ على زيد وبطل في العبد والمساكين.

لكن في الدروس: احتمال صحّته في الطرفين وبطلانه في الوسط، وصرف غلّته فيه إلى الواقف أو وارثه [١].

وكأنّه مبنيّ على مختار الشيخ [٢] من إجراء حكم تبعّض الصفقة فيه، الذي قد عرفت بطلانه فيما تقدّم [٣].

واحتمال الاستدلال له بالكلّيّتين في الصحيح السابق، يدفعه: معلوميّة تقييد ذلك بما إذا لم يحصل للوقف مبطل آخر من تعليق ونحوه، فتأمّل.

نعم قد يحتمل البطلان على زيد أيضاً؛ باعتبار عدم حصول سلسلة الترتيب، فلم يكن الوقف حينئذٍ على حسب ما وقفه أهله. ومنه يظهر الفرق حينئذٍ في منقطع الآخر بين أن يكون لعدم ذكر موقوف عليه، وبين من كان لترتيب من لا يصحّ الوقف عليه.

ج ٢٨ / ٦١

لكن فيه: أنّ الظاهر من ذلك عدم ملاحظة الواقف الترتيب بالنسبة إلى ذلك، وإنّما الظاهر ملاحظته بالنسبة إلى اعتبار المتقدّم في المتأخّر لا العكس إلّا مع القرينة المقتضية لملاحظة الترتيب في كلّ منهما،

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٣) في ص ٦٢...

وحينئذٍ يتّجه البطلان بفساد شيء من السلسلة، فتأمّل.

ولو وقف على ابنيه ثمّ على الفقراء فمات أحدهما، ففي الدروس: «الأقرب صرف نصيبه إلى أخيه؛ لأنّ شرط الصرف إلى الفقراء انقراضهما، ولم يحصل. ويمكن جعله منقطع الوسط، فيكون نصيب الميّت لأقرباء الواقف، ويمكن جعله للفقراء عملاً بالتوزيع»(١).

وفيه: أنّ صرف نصيبه إلى أخيه مع عدم كون ذلك من الواقف لا وجه له، فيتعيّن انقطاع الوقف حينئذٍ بالنسبة إليه، وتختصّ صحّته في النصيب الآخر خاصّة.

ومنه يعلم الحال فيما احتمله فيها أيضاً فيما لو حبسه على ابنيه ثمّ مات أحدهما، احتمل صرف نصيبه إلى الحابس أو وارثه، ويحتمل صرفه إلى الآخر؛ لأنّه مصرف الحبس في الجملة.

ولو وقفه على ولده سنة ثمّ على الفقراء، أو مدّة حياة الواقف على ولده ثمّ الفقراء، ففي الدروس: «صحّ ونقل فيه الفاضل الإجماع؛ لأنّه وقف مؤبّد في طرفيه ووسطه»(٢).

قلت: لكن فيه: أنّه منافٍ لاشتراط الدوام بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً، اللّهمّ إلّا أن يحمل ذلك على إرادة تقييد أصل الوقف بمدّة، لا تقييده بالنسبة إلى خصوص موقوف عليه، فتأمّل جيّداً.

ولو وقف على أولاده وشرط أن يكون غلّته العام الأوّل لزيد

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٦٦.

والثاني لعمرو وهكذا، وبعدهم على الفقراء ففي العام الأوّل لعلمائهم، وفي الثاني لزهّادهم، وفي الثالث لشيوخهم، اتّبع شرطه كما في الدروس؛ لعموم: «المؤمنون...»[1] و«الوقوف...»[2] إذا كان الشرط للموقوف عليهم.

أمّا إذا كان لأجنبي فالظاهر الصحّة ما لم يستغرق، وكون الولد موقوفاً عليهم لاينافي ذلك وإن استحقّوا هم المنفعة لولا الشرط المزبور.

وربّما يستأنس له في الجملة بخبر جعفر بن حيّان[3]: «سألت أبا عبدالله عليه‌السلام: عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أُمّه، وأوصى لرجل وعقبه من تلك الغلّة ـ ليس بينه وبينه قرابة ـ بثلاثمائة درهم كلّ سنة، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وأُمّه؟ قال: جائز للّذي أوصى له بذلك... قلت: أرأيت إن مات الذي أُوصي له؟ قال: إن مات كان الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي واحد منهم، فإذا انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميّت تردّ إلى ما يخرج من الوقف...»[4] بحمل الوصيّة فيه على تمليك ذلك

↑ ج ٢٨ / ٦٢

(١) يأتي في ص ١٨٢.

(٢) تقدّم في ص ١٧.

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقاً لما عدا الكافي ـ: حنان.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٩ ج ٧ ص ٣٥، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٢ ج ٩ ص ١٣٣، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٨ ج ١٩ ص ١٩٠.

بالشرط.

ولو وقف على ولده فإذا انقرضوا وانقرض أولادهم فعلى المساكين، ففي الدروس: «الأقرب عدم دخول أولادهم في الوقف، والنماء لأقرباء الواقف حتّى ينقرضوا، وقال الشيخ بدخولهم إمّا لشمول لفظ الولد للنافلة كقول المفيد وجماعة، وإمّا لقرينة الحال، وهو قويّ»[١].

قلت: لا إشكال مع ذلك، إنّما الكلام مع فرض تصريح الواقف بذلك، ولا ريب في كونه حينئذٍ مع انقراض الأولاد دون أولادهم منقطع الآخر، ويتّجه حينئذٍ بطلانه؛ لخلوّه عن موقوف عليه في بعض الزمان.

وفي القواعد ـ بعد أن حكى قول الشيخ ـ قال: «وليس بمعتمد، بل يكون منقطع الوسط، فإذا انقرض أولاد أولاده عاد إلى الفقراء. والنماء قبل انقراض أولاد أولاده لورثة الواقف على إشكال»[٢].

وهو مبنيّ على اختصاص البطلان في منقطع الوسط فيه خاصّة، إلّا أنّ ذلك يقتضي عدم الإشكال حينئذٍ في كونه لورثته.

﴿ولو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر، أو إن قدم زيد، لم يصحّ﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٦.

(٢) قواعد الأحكام: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٤٠١.

(٣) كما في تحرير الأحكام: الوقف / في شرائطه ج ٣ ص ٢٩١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٩ ج ٣ ص ٢٠٧، وكفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٩ ـ ١٠، ورياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٣.

عليه[١]؛ لما ذكرناه غير مرّة[٢] من منافاة التعليق ـ على متيقّن الحصول أو متوقّعه ـ لظاهر ما دلّ على تسبيب الأسباب، المقتضي لترتّب آثارها حال وقوعها. فما في المسالك: من عدم الدليل على ذلك[٣]، في غير محلّه.

ومن هنا كان المتّجه الصحّة في التعليق الذي لا يقتضي ذلك؛ كقول: «وقفت إن كان اليوم الجمعة» للعالم بذلك، وإن أبطله بعضهم[٤] أيضاً بدعوى مانعيّة صورة التعليق. لكنّ الإشكال في إثباتها، هذا.

وفي المسالك: «أنّه يتوجّه على قول الشيخ بجواز الوقف[٥] المنقطع الابتداء ـ إذا كان الموقوف عليه أوّلاً ممّن يمكن انقراضه أو يُعلم كنفسه وعبده؛ بمعنى: صحّته بعد انقراض من بطل في حقّه ـ جواز المعلّق على بعض الوجوه»[٦].

ج ٢٨ / ٦٣

قلت: قد عرفت تحقيق كلامه وضعفه وإمكان خروجه عن التعليق

(١) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٧.
وانظر الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠، وقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٨، والدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٤، والروضة البهيّة: كتاب الوقوف ج ٣ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.

(٢) كالجزء ٢٣ ص ٤٠٩، وج ٢٨ ص ٦٥٨...

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٧.

(٤) كالبحراني في الحدائق: الوكالة / في العقد، والوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٠ ـ ١١ و١٤٣، وانظر تمهيد القواعد: قاعدة ١٩٨ ص ٥٣٣.

(٥) في المصدر بعدها إضافة: في.

(٦) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

في بعض وجوهه المحكيّة عنه، والأمر سهل.

﴿و﴾ كذا تقدّم الكلام مشبعاً في أنّ ﴿القبض﴾ بإذن الواقف شرط فيه؛ للنصوص التي ستسمع بعضها، مضافاً إلى الإجماع بقسميه عليه في الجملة.

وصحيح صفوان عن أبي الحسن عليه‌السلام: «سألته عن الرجل يوقف الضيعة، ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً لم يسلّمها إليهم ولم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها؛ لأنّهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا»[1].

وخبر العمري عن صاحب الزمان عليه‌السلام: «... وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه، ما لم يسلّم فصاحبه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج إليه أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه...»[2] الحديث.

ولكن قد عرفت[3] البحث في أنّه ﴿شرط في صحّته﴾ على وجهٍ لا يترتّب عليه الأثر قبله، أو أنّه شرط كاشف، أو أنّه شرط للزومه.

﴿فلو وقف ولم يقبض ثمّ مات﴾ بطل و﴿كان ميراثاً﴾ على

(١) تقدّم في ص ٢٠.

(٢) تقدّم في ص ٢١.

(٣) في ص ١٩...

الأوّل بل والثاني، وكذا يبطل لو جنّ أو أُغمي عليه، كما هو الشأن في جميع شرائط الصحّة إذا حصل المانع منها في أثنائها قبل تمام السبب، الذي ظاهر ما دلّ على سببيّته ـ أو المتيقّن منه ـ اعتبار دوام التأهّل إلى تمام السبب من غير فرق بين الموجب والقابل والعين التي هي متعلّق العقد، ومن هنا لم يظهر خلاف بين الأصحاب في سائر المقامات في بطلان السبب بعروض المانع في أثنائه وإن زال بعد ذلك.

نعم، لو قلنا بكونه شرطاً للّزوم انفسخ بموت الواقف؛ للصحيح الآتي بناءً على إرادة الوقف فيه من الصدقة، وإن ناقش فيه في المسالك[1]، إلّا أنّ المشهور الاستدلال به، بخلاف الجنون والإغماء.

بل قد يتوقّف في الانفساخ بموت البطن الأوّل من الموقوف عليه قبله بناءً على أنّه شرط للّزوم. ودعوى[2]: أنّ ذلك شأن العقد الجائز، يدفعها: عدم الدليل على ذلك لو كان من المملّكات كالهبة، والجواز في نفسه أعمّ من ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٦٤

بل ربّما احتمل[3] عدم البطلان بموتهم على تقدير كونه شرطاً للصحّة أيضاً؛ لإمكان قيام البطن الثاني مقامه في القبض وإن بطل بموت الواقف؛ للفرق بينهما بالانتقال إلى الوارث المقتضي للبطلان، بخلاف الفرض. ولعلّه لذا توقّف في صحّته إذا قبض البطن الثاني في محكيّ التحرير[4].

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٥٩.

(٢ و٣) المصدر السابق.

(٤) تحرير الأحكام: الوقف / في شرائطه ج ٣ ص ٢٩٢.

لكن قد يناقش : بأنّ المراد القبض ممّن كان قبول العقد له ، بل لعلّه ظاهر صحيح صفوان[١] وغيره[٢] ممّا دلّ على اعتبار القبض ، وبما في الرياض من أنّ «قبض البطن الثاني إنّما يؤثّر الصحّة بالنسبة إليه دون من مات ولم يقبض ، فوجوده حينئذٍ كعدمه ، ويكون وقفاً على معدوم غير تابع لموجود . على أنّ معنى صحّة الوقف صحّة ماجرت عليه صيغة العقد ، وهو ليس إلّا الوقف عليهما ، دون الثاني فقط ، فصحّته بالنسبة إليه خاصّة دون الأوّل غير ما جرى عليه العقد»[٣].

وفيه : أنّه لاحاصل له بعد فرض جريان العقد على وجه صحيح ، والبطلان وعدمه إنّما عرض بحصول شرط الصحّة شرعاً وعدمه ، فهو كالوقف على شخصين قبض أحدهما دون الآخر ، فتأمّل جيّداً .

ثمّ إنّ الظاهر عدم اعتبار الفوريّة فيه ؛ لظهور ما دلّ على اعتباره من خبري عبيد[٤] ومحمّد[٥] في ذلك ، مؤيّداً بعدم الخلاف فيه فيما أجد ، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد[٦] : ممّا ذكرناه ، ومن أنّه باعتبار توقّف الصحّة عليه كان كالقبول من العقد ، إلّا أنّه كما ترى .

﴿ولو وقف﴾ ما في يده ﴿على أولاده الأصاغر﴾ الذين هو وليّ

---

(١) تقدّم في ص ٢٠ و١٣٩.

(٢) كخبر الناحية الذي تقدّم في ص ٢١ .

(٣) رياض المسائل: كتاب الوقف ج ١٠ ص ٩٩ (بتصرّف).

(٤ و٥) يأتي نقلهما قريباً.

(٦) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩.

عنهم ﴿كان قبضه قبضاً عنهم، وكذا الجدّ للأب﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم [١]؛ لـ :

صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : «أنّه قال في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا : إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث ، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره . . .» [٢].

ج ٢٨ / ٦٥

وخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام : «أنّه قال في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا ، قال : إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث ، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ؛ لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره ، وقال : لا يرجع في الصدقة إذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله» [٣].

وخبر عليّ بن جعفر المروي عن قرب الاسناد [٤] عن كتابه : «. . . إذا كان أب تصدّق على ولد صغير فإنّها جائزة ؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً . . .» [٥].

---

(١) كالطباطبائي في الرياض: كتاب الوقف ج ١٠ ص ١٠١.

(٢) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٧ ج ٧ ص ٣١، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٦ ج ٩ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٧٨.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٤ ص ١٣٧، و«الوسائل»: ح ٥ ص ١٨٠.

(٤) لم يرو في قرب الاسناد.

(٥) مسائل عليّ بن جعفر: ح ٤١١ ص ١٩٥، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتابا الهبات ح ٥ ج ١٩ ص ٢٣٦.

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك .

بل في المسالك[١] وغيرها[٢] : «أنّ الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولّى عليه للوقف وعدمه ؛ لتحقّق القبض الذي لم يدلّ الدليل على أزيد من تحقّقه» .

قلت : لا ينبغي التأمّل في ظهور دليله في اعتبار كون القبض على أنّه وقف ، فلا يجزي القبض بعد الوقف مع الذهول عنه ، أو كان على وجه العارية أو الوديعة . . . أو نحو ذلك ممّا هو ليس قبضاً للوقف من حيث إنّه وقف قطعاً ، وحينئذٍ فمع فرض شرطيّته حتّى في الفرض لا يتعقّل بدون القصد ؛ ضرورة عدم امتياز أصل الفعل المشترك فضلاً عن الاستدامة التي كان افتتاحها لغيره .

نعم ، لو قيل : بعدم اشتراطه في مثل الفرض ـ لعدم العموم في دليله ، أو لخصوص النصوص المزبورة بناءً على أنّه المراد من التعليل فيها أيضاً ؛ على معنى : أنّه إذا كان هو الذي يقبض عنه فكيف يعتبر القبض في وقفه؟! إذ لا يتصوّر أن يقبّض نفسه ـ اتّجه حينئذٍ ذلك ، إلّا أنّه منافٍ لظاهرهم من عموم شرطيّته .

اللّهمّ إلّا أن يراد من نحو العبارة : صيرورة قبضه قبضاً عنهم شرعاً ، ولكن فيه حينئذٍ : أنّه خلاف ظاهر الأدلّة خصوصاً صحيح صفوان[٣]

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٠.

(٢) ككفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٩ .

(٣) تقدّم في ص ٢٠ و١٣٩.

الظاهر في اعتبار الحيازة لهم المتوقّف على النيّة، بل لعلّ ذلك هو المراد من التعليل، لا إرادة عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن وهبه[1] الله تعالى الانتقاد.

ج ٢٨ / ٦٦

ولعلّه إلى ذلك أشار في جامع المقاصد ـ بعد أن ذكر ظهور العبارة في كفايته مع عدم القصد ـ قال: «ويشكل: بأنّ القبض إنّما يحسب لذي اليد ما لم يقصده لغيره ممّن له ولاية عليه ونحوه»[2].

خلافاً لما سمعته من ثاني الشهيدين وغيره بل وشيخنا في كشفه، بل في الأخير: «ولو نوى الخلاف فالأقوى الجواز، وفيه نظر»[3].

وأغرب منه ما ستسمعه[4] من الأوّل من إلحاق قبض الودعي والمستعير ـ بل والغاصب في وجه ـ بقبض الولي في عدم الحاجة إلى الإذن والقصد.

وعلى كلّ حال، فلا فرق في هذا الحكم بين أصناف الولي، خصوصاً بعد ملاحظة التعليل المزبور، لكن في المتن: ﴿وفي الوصيّ تردّد أظهره الصحّة﴾ ولم أجده لغيره، عدا ما يحكى عن التحرير[5] وما تشعر به عبارة النافع[6].

---

(١) في بعض النسخ: أوهبه.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٣.

(٣) كشف الغطاء: الوقف / الشرائط الأصليّة ج ٤ ص ٢٥١.

(٤) في الصفحة الآتية.

(٥) تحرير الأحكام: الوقف / في شرائطه ج ٣ ص ٢٩٣.

(٦) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٦.

وكأنّه للتردّد منه في غير موضع باعتبار اتّحاد الموجب والقابل فيه المغتفر في الأب والجدّ للنصوص. إلّا أنّه قد بيّنّا ضعف ذلك أيضاً في غير موضع أيضاً.

والمراد هنا: أنّ التردّد لذلك، لا لدعوى[١]: أنّ ولاية الوصي ضعيفة فلا تقتضي صيرورة قبضه قبضاً عنهم، التي هي واضحة الفساد؛ إذ لا إشكال في عدم مدخليّة ذلك.

كما لا إشكال في كفاية قبضه عنهم في الوقف من أجنبي والهبة وغيرهما ممّا لا خلاف فيه[٢] ولا إشكال فيه، وإن ظنّ في الرياض دخول القبض من الأجنبي في التردّد[٣]، إلّا أنّه كما ترى.

وكيف كان، ففي المسالك: «وفي معنى ما ذكر ـ أي قبض الولي ـ: ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوهما؛ لوجود المقتضي للصحّة وهو القبض؛ فإنّ استدامته كابتدائه إن لم يكن أقوى، ولا دليل على اعتبار كونه واقعاً مبتدأً بعد الوقف»[٤].

وإن كان فيه ما لا يخفى بناءً على عموم شرطيّته وعدم الإذن والقصد في الاستدامة، بل قد عرفت البحث فيه معهما في كتاب الرهن[٥]، وإن كان الأقوى الاكتفاء بهما حتّى في القبض

---

(١) ذكرت وأُجيب عنها في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٢.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٩٣.

(٣) المصدر قبل السابق: ص ١٠١.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٠.

(٥) في ج ٢٦ ص ٢١٥...

بالغصب والشراء الفاسد؛ تنزيلاً للاستدامة معهما منزلة العود ثمّ القبض في الإثم وغيره.

وأمّا احتمال الاكتفاء بالقبض بلا إذن من الواقف ولا قصد من الموقوف عليه ـ بل ومع قصد العدم؛ لأنّ المدار كونه تحت يده بعد الوقف مع فرض القول بالشرطيّة الشاملة للفرض ـ ففي غاية الضعف، بل لا ينبغي صدوره من ذي مسكة.

ج ٢٨ / ٦٧

وعلى كلّ حال، فلا يعتبر فيما ذكرناه ـ بناءً على المختار ـ مضيّ زمان يمكن فيه إحداث القبض؛ ضرورة عدم صيرورته قبضاً حقيقةً بذلك، وإنّما المراد: تنزيل زمان الاستدامة ـ المفروض حصولها بالإذن والقصد ـ منزلة القبض حقيقةً، وهذا لا يحتاج إلى زمان بعد حصولهما.

وفي المسالك: «وحيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضيّ زمان يمكن فيه إحداثه، وإن اعتبر اعتبر؛ لأنّ الإذن فيه يستدعي حصوله، ومن ضروراته مضيّ زمان، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد»[1].

وفيه: أنّ ذلك لا يجدي في التجديد الحقيقي، وأمّا الحكمي فغير محتاج إلى ذلك، كما هو واضح.

﴿ولو وقف على نفسه لم يصحّ﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد[2]، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا[3]، بل في محكيّ

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦١.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦١، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١١٤ ج ٣ ص ٢١١، والطباطبائي في الرياض: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١١٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٨ (الطبعة الحجرية).

السرائر: الإجماع[١]؛ وهو الحجّة.

مضافاً: إلى عدم تعقّله؛ لما عرفت من اقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصّة أو مع العين للموقوف عليه، ولا معنى لنقل ملكه إلى نفسه. وإلى فحوى ما تسمعه من النصوص في المسألة الآتية.

فما عن بعض العامّة: من جوازه؛ لأنّ استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً ـ وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرّف المزيل للملك[٢] ـ واضح الفساد.

﴿وكذا﴾ لم يصحّ الوقف من أصله ﴿لو وقف على نفسه ثمّ على غيره﴾ لكونه حينئذٍ منقطع الأوّل الذي قد عرفت تحقيق الحال فيه[٣] ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[٤]: ﴿يبطل في حقّ نفسه ويصحّ في حقّ غيره، و﴾ لا ريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، كما تقدّم الكلام فيه وفي غيره من الصور مفصّلاً.

نعم، لو عطف الغير عليه بالواو فالأقوى الصحّة في النصف؛ لعدم الانقطاع فيه، لبقاء موقوف عليه ابتداءً وهو الغير، فإنّ الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع، بل كلّ واحد

↑ ج ٢٨ / ٦٨

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥ و١٥٧.

(٢) حلية العلماء: ج ٦ ص ١٥ ـ ١٦، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥١٢، شرح فتح القدير: ج ٥ ص ٥٦، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ١٩٦ ـ ١٩٧، الشرح الكبير: ج ٦ ص ١٩٤.

(٣) في ص ٦١...

(٤) الخلاف: الوقف / مسألة ١٠ و١٨ ج ٣ ص ٥٤٤ و٥٤٩، المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٣.

منهما، فيبطل النصف في حقّه ويصحّ في النصف الآخر الذي لا مانع من الصحّة فيه.

وربّما احتمل: كون المجموع للغير كما سمعته من الشيخ في المرتّب فضلاً عن المفروض، إلّا أنّه واضح الفساد فيهما؛ لمخالفته لقصد الواقف الذي جعل الشارع الوقف على حسب ما وقفه.

كوضوحه أيضاً في دعوى البطلان فيهما معاً ـ لأنّ ما وقع عليه العقد لا يجب به الوفاء إجماعاً، والعقد لا يكون مبعّضاً ـ ضرورة عدم كون ذلك من التبعيض الممنوع، بل هو من باب تبعّض الصفقة الذي قد فرغنا من الكلام في صحّته في محلّه.

ولو وقف على نفسه والفقراء فالظاهر الصحّة أيضاً في النصف، وفي الدروس: احتماله، والصحّة في الثلاثة الأرباع، والبطلان رأساً[١]. وفي الأخيرين ـ المبني أوّلهما على إرادة أقلّ الجمع وهو الثلاثة من لفظ الفقراء ويكون هو حينئذٍ رابعاً فيبطل، وثانيهما على بطلان تبعّض الصفقة ـ ما لا يخفى.

﴿وكذا لو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو إدرار مؤونته لم يصحّ﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل ظاهر المسالك نسبته إلى الأصحاب؛ معلّلاً له بـ«أنّ الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه، فإذا شرط ذلك ونحوه فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فيبطل الشرط

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٧.

والوقف معاً»[١].

بل مقتضى إطلاق بعض[٢] ما هو صريح آخر[٣]: من عدم الفرق في ذلك بين دين معيّن وعدمه، وإدرار مؤونته مدّة معيّنة وعدمه، وبين تقدير ما يأخذه منه أو إطلاقه، وبين الانتفاع به مدّة حياته أو مدّة معلومة، كلّ ذلك للقاعدة المزبورة.

وإلّا فليس في النصوص إلّا:

مكاتبة علي بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام: «جعلت فداك، ليس لي ولد، ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها، ولا آمن الحدثان[٤]، فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك؟ لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين، أو أبيعها وأتصدّق بثمنها عليهم في حياتي؟ فإنّي أتخوّف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي، فإن وقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيّام حياتي أم لا؟ فكتب عليه السلام: فهمت كتابك في أمر ضياعك، فليس لك أن تأكل منها من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثة، فبع وتصدّق ببعض ثمنها في حياتك، وإن تصدّقت أمسكت لنفسك ما يقوتك، مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام»[٥].

↑ ج ٢٨ / ٦٩

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٣.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩، والشهيد في الدروس: (انظر الهامش قبل السابق)، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٧.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: (انظر الهامش قبل السابق).

(٤) الحَدَث والحُدْثى والحادثة والحَدَثان كلّها بمعنى. الصحاح: ج ١ ص ٢٧٨ (حدث).

(٥) الكافي: الوصايا: باب ما يجوز من الوقف ح ٣٣ ج ٧ ص ٣٧، تهذيب الأحكام: الوقوف / ←

وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام: «إنّ رجلاً تصدّق بدار له وهو ساكن فيها؟ فقال: الحين اخرج منها»[١].

وبعض النصوص الآتية في مسألة اشتراط العود إليه عند الحاجة[٢].

مع أنّ في خبر أبي الجارود عن الباقر عليه السلام: «لا يشتري الرجل ما تصدّق به، وإن تصدّق بمسكن على ذي قرابة فإن شاء سكن معهم، وإن تصدّق بخادم على ذي قرابة خدمته إن شاء الله[٣]»[٤].

بل عن النهاية: «إذا وقف إنسان مسكناً جاز له أن يقعد فيه مع من وقف عليه، وليس له أن يسكن غيره فيه»[٥]. ولعلّه نظر إلى الخبر المزبور الذي لابدّ من حمله على إذن الموقوف عليه، وإلّا كان مخالفاً للقواعد وغيرها، ولا جابر له.

نعم، ليس في تلك المكاتبة وغيرها إخراج النفس بل ولا جميع ما ذكروه، فيكون منشؤه القاعدة المزبورة.

← باب ٣ الوقوف ح ١ ج ٩ ص ١٢٩، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٧٦.

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٩ ص ١٣٨، و«الوسائل»: ح ٤ ص ١٧٨.

(٢) تأتي في ص ١٥٨.

(٣) كلمة «الله» موجودة في خصوص الكافي.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٤١ ج ٧ ص ٣٩، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٤ ج ٩ ص ١٣٤، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ ج ١٩ ص ١٧٧.

(٥) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٩.

ولكنّ الظاهر عدم اقتضائها بطلان اشتراط ذلك على جهة الاستثناء له من التسبيل الذي قصده بالوقف ؛ لقاعدة «المؤمنون...»[١] و«الوقوف...»[٢] وغيرهما ، بل ربّما كان المراد من قوله عليه‌السلام في المكاتبة المزبورة : «وإن تصدّقت أمسكت لنفسك ما يقوتك » كما عساه يظهر من عنوان الحرّ في الوسائل[٣].

إذ أقصاها بطلان استحقاقه له من حيث كونه وقفاً لاعتبار إخراج نفسه من عينه ومنفعته ، لا نحو ما ذكرناه الراجع إلى وقف عين وتسبيل منفعتها الخارجة عمّا استثناه ، فهو حينئذٍ كوقف العين المستأجرة مدّة مثلاً .

وربّما يشهد له في الجملة : ما تقدّم له سابقاً[٤] من دخول اللبن والصوف الموجودين في الشاة الموقوفة ما لم يستثنه ، بل حكينا[٥] عن الفاضل في التذكرة : أنّ وقف البقرة للحرث مثلاً خاصّة يقتضي بقاء باقي المنافع من اللبن وغيره للواقف .

↑ ج ٢٨ / ٧٠

لكن في جامع المقاصد : التصريح في مسألة الشاة بعدم جواز استثناء شيء من المنافع المتجدّدة ، بخلاف الصوف واللبن الموجودين

---

(١) يأتي في ص ١٨٢.

(٢) تقدّم في ص ١٧.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٧٦.

(٤) في ص ٣٠.

(٥) في ص ٣٢.

فإنّه يجوز استثناؤهما ويكون المسبّل ما عداهما[١].

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ مجرّد دعوى عارية عن الدليل، بل مخالفة لما ذكره من الدليل، بل ستسمع هنا من المسالك: جواز الشرط للناظر، فإذا كان الواقف هو أخذه، وهو مبنيّ على ما ذكرناه.

بل في كشف الأُستاذ: «ولو شرط ردّ مظالم عنه أو صدقة أو عبادة أو أداء ديون لزمته في حياته... ونحو ذلك قوي القول بالصحّة»[٢] مع أنّه قال قبل ذلك: «ولو شرط إجارة عن عبادة تجوز عن الأحياء وكان حيّاً كزيارة وحجّ ونحوهما قوي البطلان»[٣].

وكأنّه بناه: على الفرق بين شرط الانتفاع به حال حياته، وبعد موته الذي هو خروج عن الوقف وإن رجع إليه ثواب ذلك، فلا تنافيه القاعدة المزبورة.

كما لا تنافي شرط أكل أهله منه، بل وأضيافه ومن يمرّ به والتابعة، فيصحّ حينئذٍ، كما حكي من فعل النبيّ صلى الله عليه وآله في خبر أحمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام[٤]، بل حكي[٥] نحو ذلك عن فاطمة عليها السلام أيضاً في صدقتها[٦].

---

(١) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦٧.

(٢) كشف الغطاء: الوقف / الشرائط الأصليّة ج ٤ ص ٢٥١.

(٣) المصدر السابق.

(٤) الكافي: الوصايا / باب صدقات النبيّ صلى الله عليه وآله ح ١ ج ٧ ص ٤٧، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ذيل ح ٢ ج ١٩ ص ١٩٩.

(٥) ليست في بعض النسخ.

(٦) بحار الأنوار: الوقوف / باب ١ ح ١٣ ج ١٠٠ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٦ من ←

بل في الدروس[١] والرياض[٢]: «ولا يقدح كونهم واجبي النفقة، وتسقط نفقتهم إن اكتفوا به».

وهو متّجه في غير الزوجة والمملوك، أمّا هما فيشكل: برجوع ذلك إلى نفسه أيضاً؛ ولذا قال في الأوّل منهما بعد ما سمعت: «ولو شرط أكل الزوجة ففيه نظر: من عود النفع إليه، ومن توهّم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها».

وإن كان فيه: أنّه لا نظر في جواز أكلها، وإنّما الكلام في اشتراط نفقة الزوجيّة، وهو الذي قلنا: إنّه من شرط النفع لنفسه وكذا مملوكه ولو كان حيواناً.

وعلى كلّ حال، فالمدار على عدم منافاة القاعدة المزبورة، فيصحّ حينئذٍ جميع ما لا ينافيها.

بل في المسالك: «وكذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره، فإن كان وليه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط، ولا يكون ذلك شرطاً لنفع نفسه»[٣].

وهو ـ إن لم يكن مبنيّاً على ما ذكرناه ـ مشكل؛ ضرورة عدم خروجه بسبب النظارة عن ملكه صدقته، وعدم إخراج نفسه عن وقفه.

← كتاب الوقوف والصدقات ح ٧ ج ١٤ ص ٥٤.

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٨.

(٢) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١١٥.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٣.

ج ٢٨ / ٧١

وكذا قيل: لاينافي ما ذكره المصنّف وغيره[١] بقوله: ﴿أمّا لو وقف على الفقراء﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ثمّ صار فقيراً، أو على الفقهاء﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ثمّ صار فقيهاً، صحّ له المشاركة في الانتفاع﴾ بل والاختصاص به.

لأنّه ليس وقفاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم، فإنّ الوقف بهذا الوجه ليس وقفاً على الأشخاص المتّصفين بهذا الوصف، بل على الجهة المخصوصة، ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبول بعضهم ولاقبضهم وإن أمكن.

بل في المسالك: «ولا ينتقل الملك إليهم، وإنّما ينتقل إلى الله تعالى، ولايجب صرف النماء في جميعهم، بل مثل هذا يسمّى وقفاً على الجهة؛ لأنّ الواقف ينظر إلى جهة الفقر والمسكنة ويقصد نفع كلّ موصوف بهذا الوصف، لا شخص بعينه»[٢].

لكن في الكفاية الإشكال في المشاركة المزبورة، قال: «واحتجاجهم بأنّ ذلك ليس وقفاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم صحيح غير نافع، إنّما ينفع لو كان النصّ المانع وارداً بلفظ الوقف على نفسه، أو ثبت إجماع على المشاركة في محلّ البحث، وليس كذلك؛ إذ الأخبار المذكورة ليس على هذا الوجه كما لا يخفى، ولا إجماع على

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩، والشهيد في الدروس: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٨.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٣٦٤.

المشاركة هنا»[١].

وكأنّه لحظ في نفي الإجماع خلاف ابن إدريس، فإنّ المحكي عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه على حال[٢]، بل والفاضل في المختلف والتذكرة:

قال في الأوّل: «الوجه عندي: أنّ الوقف إن انتقل إلى الله تعالى كالمساجد فإنّ للواقف الانتفاع به كغيره من الصلاة فيه وغيرها، وإن انتقل إلى الخلق لم يدخل سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف كأن وقف على المسلمين أو على الفقهاء وهو منهم، أو لم يكن منهم وقت العقد ثمّ صار منهم»[٣].

وكذا عن التذكرة[٤].

وعن المهذّب لابن البرّاج أنّه جعل الوقف العامّ أقساماً: وقف المسجد والقنطرة، ووقف الدور والمنازل التي ينزلها الحاجّ والخانات، ووقف الدور والمنازل التي ليست كذلك، والوقف على المسلمين، فحكم في الأوّل والأخير بجواز الانتفاع، وفصّل في الدور والمنازل بين ما ينزلها الحاجّ والخانات وبين غيرها فجوّز في الأوّل دون الثاني[٥].

---

(١) كفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ١٢.

(٢) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥.

(٣) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٤٤٧ (الطبعة الحجرية).

(٥) المهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩٣.

لكن في محكيّ المبسوط : «فأمّا إذا وقف وقفاً عامّاً ـ مثل أن يقفه على المسلمين ـ جاز له الانتفاع بلا خلاف ؛ لأنّه يعود إلى أصل الإباحة ، فيكون هو وغيره سواء»[١]. ومثله في محكيّ الغنية[٢].

ج ٢٨ / ٧٢

قلت : لا ينبغي التأمّل ـ ولو للسيرة القطعيّة ـ في جواز الانتفاع في المسجد والخان ونحوهما اللذين صارا بسبب الوقف كالتحرير ، بل الظاهر خروجهما عن الماليّة ، فينتفع به حينئذٍ على الوجه الذي ذكره من غير فرق بين الواقف وغيره .

لكنّ دعوى : أنّ كلّ وقف عامّ ـ حتّى ما كان موضوعه العلماء والمجتهدين وغير ذلك ، وكان له ثمرات تدخل تحت الملك كثمرة البستان ونحوها ـ كذلك ، محلّ بحث أو منع ؛ ضرورة كون الملك فيه بقصد الواقف وغيره للجنس ولو بواسطة أفراده التي لو فرض كون الواقف منها لم يكن قد أخرج نفسه عن صدقته ، وتحقّق فيه المانع المزبور من غير فرق بين ذي الوصف السابق والمتجدّد .

على أنّ وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاة للفقراء الذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاة .

ومالكيّة الكلّي على نحو مملوكيّته ، فكما أنّ خصوص الفرد في الثاني يكون منطبقاً على الكلّي المملوك وتحصل به براءة الذمّة ممّن عليه ، فكذلك مالكيّة الكلّي أيضاً إذا تشخّص بفرد انطبق عليه ، فإذا

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٩.

(٢) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

فرض أنّه الواقف صار هو المالك لصدقته المعتبر فيها خروجه عنه، فلابدّ حينئذٍ في صحّة الوقف من خروج تشخّص الكلّي به عنه كما أومأ إليه الفاضل فيما حكي عنه(١).

نعم، لا بأس به فيما ذكرناه ممّا هو خارج عن الماليّة، والانتفاع به ليس على طريق التملّك، كالصلاة في المسجد والعبور على القنطرة والجلوس في الخان... ونحو ذلك ممّا هو جائز باعتبار الإباحة الشرعيّة ـ ولو بسبب الوقف ـ أو للسيرة القطعيّة... أو لغير ذلك، هذا.

وفي جامع المقاصد عن بعض فتاوى الشهيد: أنّه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها واستحسنه(٢)، كثاني الشهيدين في المسالك قال: «فإنّه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة، وإذا قصد منع نفسه خصّص العامّ بالنيّة وهو جائز، فيجب اتّباع شرطه للخبر السابق، وإنّما الكلام مع الإطلاق»(٣).

وفيه: أنّ قصد إدخال نفسه بقصد الجهة التي يندرج فيها عين مفروض المسألة، فمع فرض بطلانه يتّجه ما قلناه، فتأمّل جيّداً(٤).

﴿ولو شرط عوده إليه عند حاجته، صحّ الشرط وبطل الوقف وصار حبساً﴾ و﴿يعود إليه مع الحاجة﴾ التي يرجع في مصداقها إلى

↑ ج ٢٨ / ٧٣

---

(١) انظر «المختلف» و«التذكرة» المتقدّمين آنفاً.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٨.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٤.

(٤) في بعض النسخ بدل «فتأمّل جيّداً»: والله العالم.

العرف على حسب غيرها من الألفاظ ﴿ويورث﴾ مع عوده بها أو مطلقاً كما ستعرف.

والأصل في ذلك خبر إسماعيل بن الفضل[١]، قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام: عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقةً؟ قال: يرجع ميراثاً إلى أهله»[٢].

والموثّق: «من أوقف أرضاً ثمّ قال: إن احتجت إليها فأنا أحقّ بها، ثمّ مات الرجل، فإنّها ترجع إلى الميراث»[٣].

ولكن اختلف فيه الأصحاب؛ فـ:

بين قائل ببطلان ذلك من أصله، كما عن أبي علي[٤] وابني حمزة[٥] وإدريس[٦] والآبي[٧]، بل حكاه في المختلف عن الشيخ في المبسوط

---

(١) في موضع من التهذيب بدلها: الفضيل.

(٢) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٥ ج ٩ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٣ ج ١٩ ص ١٧٧.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٥٩ ص ١٥٠.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩١.

(٥) له عبارتان، استفاد في مفتاح الكرامة من إحداهما أنّها ليست فيما نحن فيه، والأُخرى قوله: «وإن شرط فيه شرطاً لم يسع أحداً خلافه» قال في مفتاح الكرامة: «ولعلّه يشمل ما نحن فيه». انظر الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧٠، وانظر مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ص ١٥٦.

(٧) كشف الرموز: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٤٦.

أيضاً[١] وإن كنّا لم نتحقّقه، نعم هو ظاهر النافع[٢] والحرّ[٣] والكفاية[٤]؛ لمنافاة الشرط المزبور دوام الوقف بل هو من التعليق، ولظهور قوله: «يرجع ميراثاً» في إرادة البطلان، ولأنّه صدقة ولا يجوز الرجوع بالصدقة[٥]، ولوجوب إخراج نفسه من الوقف.

وبين قائل بصحّته وقفاً، فإن احتاج كان منقطعاً وإلّا كان مؤبّداً، كما هو صريح كلام السيّد في الانتصار مدّعياً عليه الإجماع[٦] والفاضل في المختلف[٧] والقطيفي في المحكي عن إيضاحه[٨] وظاهر المقنعة[٩] والمراسم[١٠]، بل في المسالك نسبة صحّة الشرط إلى السيّد والمعظم تارةً[١١]، وأُخرى قال: «إنّ العمل بخبر إسماعيل بن الفضل اتّفاق من الأصحاب أو من أكثرهم»[١٢].

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩١.

(٢) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٦.

(٣) وسائل الشيعة: انظر عنوان باب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٧٦.

(٤) كفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ١٣.

(٥) في بعض النسخ: إلى صدقة.

(٦) الانتصار: مسألة ٢٦٤ ص ٤٦٨ ـ ٤٦٩.

(٧) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩١.

(٨) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥١١.

(٩) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٢.

(١٠) المراسم: أحكام الوقوف ص ١٩٧.

(١١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٤.

(١٢) المصدر السابق: ص ٣٦٥ (بتصرّف).

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّه الأقوى؛ لعموم «الوقوف...»[١] و«المؤمنون...»[٢].

وعدم جواز الرجوع بالصدقة التي لم يكن التصدّق بها على الوجه المزبور.

وليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً، بل هو تقييد للوقف بما يقتضي انتهاءه، ودوام الوقف غير شرط كما عرفته سابقاً[٣] من صحّة الوقف المنقطع.

ج ٢٨ / ٧٤

ولا تعليق فيه على وجهٍ ينافي عقد الوقف، بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا إشكال في جوازها؛ ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً مادام غنيّاً عنه، فإنّه بناءً على مشروعيّة المنقطع منه لا فرق في الأوصاف -التي يكون ارتفاعها غاية- بين أن تكون في الموقوف عليه أو في غيرهم، بعد اشتراكهما في اقتضاء ارتفاعهما بقاء الوقف حينئذٍ بلا موقوف عليه وصيرورته من غير الموقّت الذي قد عرفت[٤] بطلانه نصّاً وفتوى.

وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم أعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارةٍ في محكيّ التحرير[٥] لم يعلم أنّها له أو للشيخ،

---

(١) تقدّم في ص ١٧.

(٢) يأتي في ص ١٨٢.

(٣) في ص ١٢١...

(٤) في ص ١١٦...

(٥) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٢٩٨.

وعلى كلّ حال لا ريب في شذوذها ؛ لمنافاته اللزوم في الوقف على وجهٍ لم يشرع فسخه اختياراً بوجه . وما نحن فيه إنّما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلّق عليه ، وفرق واضح بين المقامين .

والخبران ـ بعد احتمال إرادة البطلان فيهما باعتبار اشتراط كونه أحقّ به وهو وقف ؛ لما سمعت من اعتبار إخراج نفسه من الوقف في جميع الأحوال ، وحينئذٍ يكونان خارجين عمّا نحن فيه ـ يمكن إرادة الرجوع ميراثاً في الأوّل منهما بعد فرض حصول الحاجة منه وعاد الوقف إليه بحسب شرطه ، فإذا هلك بعد أن كان كذلك رجع المال إلى ورثته ؛ ضرورة بطلان الوقف بحصول الحاجة .

والوجه في ذلك : أنّ السائل سأل عن صحّة الشرط وعدمه ، وأنّه على تقدير صحّته يكون أحقّ به مادام حيّاً ، فإذا هلك يبقى على الصدقة ـ لعدم حاجته إليه ـ أو يرجع ميراثاً؟ فأجاب الإمام [عليه السلام] عن ذلك كلّه بالرجوع ميراثاً ؛ بمعنى : أنّ الشرط صحيح وإذا حصلت الحاجة إليه رجع المال إليه ، وبعد رجوعه لا يعود إلى الوقف بل هو ميراث .

ومنه يعلم وجه المراد في الموثّق ؛ لظهور اتّحاد المراد فيهما .

بل ربّما يشهد لذلك ـ في الجملة ـ ما في صدقة أميرالمؤمنين عليه السلام ، حيث قال : «... وإنّه يقوم على ذلك الحسن بن عليّ ، يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله تعالى في حلّ محلّل لا حرج عليه ، فإن

أراد بيع نصيب من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء ولا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله شراء[١] الملك...»[٢] بناءً على إرادة الرخصة له إن شاء بيع نصيب من المال الموقوف على جهة إبطال وقفه، لا خصوص الثمرة منه، فتأمّل.

ج ٢٨ / ٧٥

وأمّا القول بصحّة الشرط المزبور ورجوع الوقف حبساً ـ حتّى جعلوه[٣] قولاً ثالثاً في المسألة، ونسبوه[٤] إلى الشيخ[٥] والقاضي[٦] والمصنّف هنا والفاضل في القواعد[٧] والتذكرة[٨] والإرشاد[٩] والشهيد في الدروس[١٠] والتنقيح[١١] وجامع المقاصد[١٢] والروض[١٣]

---

(١) كذا في التهذيب، وفي الكافي: «سرى» وفي الوسائل: «شروى».

(٢) الكافي: الوصايا / باب صدقات النبيّ صلى الله عليه وآله ح ٧ ج ٧ ص ٤٩، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٥٥ ج ٩ ص ١٤٦، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٣ ج ١٩ ص ١٩٩.

(٣) المهذّب البارع: كتاب الوقوف ج ٣ ص ٥٣ ـ ٥٤، جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٨ ـ ٢٩، مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥١١.

(٤) مفتاح الكرامة: (انظره في الهامش السابق: ص ٥١٠ ـ ٥١١).

(٥) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١١٩.

(٦) المهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩٣.

(٧) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٣٤ (الطبعة الحجرية).

(٩) إرشاد الأذهان: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٢.

(١٠) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨.

(١١) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(١٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(١٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥١٠.

والروضة[١] ـ ف ـ:

إن أرادوا به ذلك مع فرض تحقّق الحاجة فهو المختار.

وإن أرادوا به ذلك مع عدم الحاجة أيضاً ـ بدعوى[٢] أنّ الميّت بموته قد احتاج ـ فهو كالخرافة؛ ضرورة عدم كون ذلك المراد من إطلاق الشرط مع إمكان فرض التصريح بإرادتها حال الحياة.

وكذا دعوى[٣] كون موت الحابس غاية لحبسه بعد أن لم يذكر له أمداً؛ ضرورة أنّه قد ذكر له أمداً لم يحصل، فمقتضى ذلك بقاؤه محبوساً إلى آخره.

على أنّ مفروض المسألة في الوقف وهو ما علم قصد الوقف به، لا أنّ مفروض المسألة من قال: «وقفت»، فيحمل قصده على إرادة الحبس بقرينة الشرط المزبور؛ إذ هو ـ كما ترى ـ خروج عمّا نحن فيه، ورجوع إلى مسألة لفظيّة قد عرفت البحث في نظيرها، وأنّ المتّجه فيها الحمل على البطلان؛ لعدم صلاحيّة أصالة الصحّة لصرف ظاهر اللفظ، كما تقدّم تحقيق الحال فيه سابقاً.

على أنّ دعوى بطلان الشرط المزبور ـ بعد فرض القول بصحّة الوقف المنقطع ـ واضحة الفساد.

وكونه باطلاً في نفسه للتعليق، يدفعه: معلوميّة جواز نظائره في

---

(١) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٧١ ـ ١٧٢.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٦.

(٣) المصدر السابق.

الوقف، وأنّه ليس تعليقاً ممنوعاً، ولو سلّم فهو باطل في الحبس أيضاً؛ ضرورة اشتراكهما بالنسبة إلى ذلك.

وكذا دعوى أنّ الحكم بكون الفرض حبساً ـ مع القول بصحّة الوقف المنقطع، وصحّة هذا الشرط، وكون القصد الوقف ـ إنّما هو للخبرين المزبورين.

إذ قد عرفت أنّهما ـ بعد احتمالهما ما سمعت ـ لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه، وليس بأولى من القول بصحّته وقفاً على هذا الوجه؛ بمعنى: أنّ له حكم الحبس، نحو ما سمعته منّا في حمل كلامهم في الوقف على من ينقرض، بل هو صريح الفاضل في المختلف[1]، وإن كان هو هنا فيه ما لا يخفى، فلا محيص حينئذٍ عن القول بالصحّة على حسب ما قلناه.

وممّا ذكرنا يظهر لك الوجه في المسألة وأقوالها وأدلّتها، بل وما في الفوائد التي ذكرها في المسالك[2] بل وما في غيرها من كتب الأصحاب أيضاً[3]، هذا.

↑ ج ٢٨ / ٧٦

ويمكن حمل عبارة المصنّف والفاضل وما شابهها على إرادة بطلانه وقفاً على كلّ حال وإن حبسه، وصيرورته إرثاً بعد عوده إليه للحاجة ـ لا كما ذكره في المسالك[4] ـ أو يراد حكم الحبس فيها... أو

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩٣.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨.

(٣) كالتنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٤) المصدر قبل السابق: ص ٣٦٧.

غير ذلك .

ومن الغريب بعد ذلك كلّه دعوى ابن إدريس الإجماع على البطلان[١]؛ ومن هنا حكم بخطئه في المختلف، قال: «فإنّه قد ذكرنا ما صرنا إليه وهو قول أكثر علمائنا، حتّى أنّ السيّد المرتضى ادّعى الإجماع عليه، واحتجّ عليه: بأنّ كون الشيء وقفاً تابع لاختيار الواقف وما يشترط فيه، فإذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه».

«واعترض على نفسه: بأنّ هذا شرط يناقض كونه وقفاً وحبساً، بخلاف غيره من الشروط».

«وأجاب: بأنّه غير مناقض؛ لأنّه متى لم يختر[٢] الرجوع فهو ماضٍ على سبيله، وإن مات قبل العود نفذ نفوذاً ثابتاً، وهذا حكم ما أفاده في عقد الوقف[٣]، فكيف يكون نقضاً لحكمه؟!».

«ولا يقاس على العتق؛ لبطلانه، وللفرق: بعدم صحّة دخول الشرط مطلقاً في العتق، بخلاف الوقف الذي لا فرق بين هذا الشرط وغيره في الجواز».

«ثمّ اعترض وقال: فإن قيل: قد خالف ابن الجنيد فيما ذكرتموه؟!».

«ثمّ أجاب: بأنّه لا اعتبار به، وقد تقدّمه إجماع الطائفة وتأخّر

---

(١) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٦ و١٥٧.

(٢) في المصدر: لم يجز.

(٣) في المصدر: وهذا حكم ما كان مستفاداً قبل عقد الوقف.

أيضاً عنه، وإنّما عوّل على ظنون له وحسابات[١] وأخبار شاذّة لا يلتفت إلى مثلها»[٢].

﴿ولو شرط إخراج من يريد بطل﴾ الشرط، بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط اعترافه به[٣]، بل قيل: «ظاهره نفيه بين المسلمين»[٤]، بل في المسالك[٥] وعن صريح وظاهر غيرها[٦]: الإجماع عليه.

ولعلّه العمدة، وإلّا ففي الكفاية: «فيه إشكال، نظراً إلى الدليل»[٧] أي عموم «الوقوف...»[٨] ونحوها ممّا اقتضى جواز نظائره كالعود عند الحاجة وغيره ممّا يمكن فرض ما نحن فيه نحوه، وحينئذٍ فدعوى[٩] أنّه شرط منافٍ لمقتضى اللزوم في عقد ﴿الوقف﴾ يدفعها: عدم المنافاة مع فرض وقوعه على نحو غيره من الشرائط التي ينقطع الوقف

---

(١) في بعض النسخ ـ مطابقاً للانتصار ـ: وحسبان.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، وانظر أيضاً الانتصار: مسألة ٢٦٤ ص ٤٦٩ ـ ٤٧٠.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٠.

(٤) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٢١.

(٥) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٨.

(٦) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٩ ج ٣ ص ٢١٥، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٤.

(٧) انظر «الكفاية» في الهامش السابق.

(٨) تقدّم في ص ١٧.

(٩) كما في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣١، ومسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٨.

بها ولا تكون منافية للزومه.

وربّما كان مراد الأصحاب باشتراط إخراج من يريد: فسخ الوقف حينئذٍ، لا خروجه بانتفاء الوصف المعلّق عليه الوقف، وحينئذٍ يتّجه البطلان فيه؛ ضرورة رجوعه إلى نحو اشتراط الخيار الذي قد عرفت فساده، أو إلى اشتراط كون سلطنة التسبيب ـ الذي هو للشارع ـ إليه ونحو ذلك ممّا تسمعه في اشتراط الإدخال والنقل.

ج ٢٨ ٧٧

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: عدم صلاحيّة الإرادة وصفاً للموقوف عليه، ولكنّه كما ترى.

بل قد يشكل ذلك: بما ذكره المصنّف ﴿و﴾ غيره[1] من أنّه ﴿لو شرط إدخال من يريد[2] مع الموقوف عليهم جاز، سواء وقف على أولاده أو على غيرهم﴾ معلّلين[3] له: بأنّ هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإنّ بناءه على جواز إدخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود، واشتراط إدخال من يريد إدخاله في معناه، بل أضعف منه؛ لأنّه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله، وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأوّل اتّفاقاً جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى.

وما يقال[4]: من أنّ ذلك يقتضي نقصان حصّة الموقوف عليه،

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣١، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١١٩ ج ٣ ص ٢١٦، والسبزواري في الكفاية: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ١٤.

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: سيولد.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) ذكره ـ بعنوان «فإن قيل» ـ في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣١.

فيكون إبطالاً للوقف في ذلك البعض.

يدفعه أوّلاً: أنّه وارد في إدخال كلّ معدوم تابع للموجود.

وثانياً: أنّ العقد لمّا تضمّن الشرط لم يكن للموقوف عليه حقّ إلّا بما[1] كان مطابقاً له، فلا يعتبر.

وثالثاً: أنّ الوقف حقّ لازم في حقّ الموقوف عليه في الجملة، وإنّما المختلف الحصّة، وذلك غير قادح، كما لو وقف على بطون فزادت تارةً ونقصت أُخرى.

ضرورة[2] أنّ ذلك كلّه مبنيّ على صلاحيّة الإرادة وصفاً لدخول الموقوف عليه كالوجود والعلم ونحوهما، فإذا جاز ذلك جاز جعلها وصفاً للخروج منهم، كباقي الأوصاف التي يقتضي زوالها ذلك.

أمّا لو فرض إرادة اشتراط سلطنة الإخراج والإدخال إليه ـ على وجهٍ يكون أصل الوقف بيده دخولاً وخروجاً ـ فالمتّجه البطلان فيهما؛ لرجوعه إلى اشتراط كون أصل السببيّة بيده، والفرض أنّ ذلك أمر شرعي لا يرجع إليه.

ولعلّه لذا أبطله بهما في ظاهر الدروس كما حكاه عنه في جامع المقاصد[3] وغيره[4]، قال فيها: «وليس له إدخال غيرهم معهم وإن كانوا أطفاله على الأصحّ، ولا إخراج من يريد، ولو شرطه

↑ ج ٢٨ / ٧٨

(١) في بعض النسخ: ما.

(٢) تعليل لقوله: «قد يشكل ذلك» المتقدّم في الصفحة السابقة س ٩.

(٣) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣١.

(٤) كمفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٢٣.

في العقد بطل»[١].

وفي محكيّ المبسوط: «ولو شرط أن يخرج من شاء منهم، ويدخل في ذلك من شاء، وأن يفضّل بعضهم على بعض إن شاء، أو يسوّي بينهم إن شاء، كان ذلك كلّه باطلاً؛ لأنّه شرط التصرّف فيما هو ملك لغيره بلا خلاف، وقد روى أصحابنا: أنّه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم، وأمّا الإخراج والنقل فلا خلاف عندنا أيضاً في عدم جوازه»[٢].

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد، فإنّه ـ بعد أن حكى عن ظاهر الدروس ما عرفت ـ قال: «وهو بعيد؛ لعدم المنافاة، وعموم قوله: (الوقوف...)[٣]، فالأصحّ الصحّة»[٤].

إذ قد عرفت: أنّ المتّجه الصحّة مع جعل الإرادة وصفاً للدخول والخروج، فيدخل حينئذٍ ويخرج من اتّصف بها من غير إدخال وإخراج منه، كما أنّ المتّجه عدمها مع اشتراط الإدخال والإخراج؛ بمعنى: جعل السلطنة إليه في الإدخال والإخراج.

بل وكذا يظهر لك النظر فيما في المتن وغيره[٥] من الفرق بينهما

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧١.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٠.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣١.

(٥) كقواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٩ ج ٣ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

في الحكم، اللّهمّ إلّا أن ينزّل على ما ذكرنا، ولكنّه بعيد؛ ضرورة ظهورها في الفرق بين الإخراج والإدخال، فلا يصحّ شرط الأوّل بخلاف الثاني.

وقد عرفت تحقيق الحال الذي عليه ـ أو على ما لا ينافيه ـ ينزّل خبر أبي طاهر البلالي المروي عن إكمال الدين، قال: «كتب جعفر بن حمدان: استحللت بجارية ـ إلى أن قال: ـ ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إليّ هذه المرأة سبّلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي، على أنّ الأمر في الزيادة والنقصان فيه إليّ أيّام حياتي، وقد أتت بهذا الولد فلم اُلحقه بالوقف المتقدّم المؤبّد، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجرى عليه ما دام صغيراً، فإن كبر اُعطي من هذه الضيعة جملة[1] مائتي دينار غير مؤبّد، ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء، فرأيك أعزّك الله تعالى».

«فورد جوابها ـ يعني من صاحب الزمان (صلوات الله وسلامه عليه) ـ: أمّا الرجل الذي استحلّ بالجارية ـ إلى أن قال: ـ وأمّا إعطاؤه المائتي دينار وإخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما أراد»[2].

↑ ج ٢٨ / ٧٩

وكيف كان، فهذا كلّه في الشرط على النحو المزبور.

﴿أمّا لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد، لم يجز

---

(١) في الوسائل بدلها: حمله.

(٢) كمال الدين: الباب ٤٥ ح ٢٥ ص ٥٠٠، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ١٨٤.

وبطل الوقف﴾ في المشهور[١]، بل قد سمعت[٢] نفي الخلاف عنه في محكيّ المبسوط، بل قيل: «إنّ ظاهره إرادة نفيه بين المسلمين»[٣].

لكن في القواعد: «على إشكال»[٤].

بل في الدروس: «الأقرب جوازه»[٥].

وفي محكيّ التذكرة: «لو قال: هذا وقف على أولادي سنة ثمّ على المساكين صحّ إجماعاً»[٦].

وفيه أيضاً: «لو قال: هذا وقف على أولادي مدّة حياتي ثمّ بعد مماتي للمساكين، صحّ إجماعاً»[٧]، لكن في المقام أفتى بالبطلان كالمشهور.

ولعلّه من التأمّل فيما ذكرناه يعلم تحقيق الحال هنا، فيحكم بالبطلان على إرادة النقل منه ـ لرجوعه إلى اشتراط ما هو للشارع ـ والصحّة على إرادة الانتقال على حسب باقي العنوانات في الوقف؛ بمعنى: أنّه وقف على هؤلاء مثلاً ما دام خالياً عن الولد، وإلّا كان الوقف عليه ثمّ منه على المساكين مثلاً، فإنّ خروج من خرج حينئذٍ

(١) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٩ ج ٣ ص ٢١٥ ـ ٢١٦، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٤.

(٢) في ص ١٦٩.

(٣) مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٢٣ ـ ٥٢٤ و٥٢٦.

(٤) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧١.

(٦ و٧) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٤٣٤ (الطبعة الحجرية).

لفوات عنوان الموقوف عليهم، كالفقر والعلم ونحوهما، فيشمله «الوقوف على حسب...»[١] إلى آخره وغيره.

ولعلّه إلى ذلك أومأ في جامع المقاصد، فإنّه ـ بعد أن حكم بالبطلان ـ قال: «ويمكن الفرق بين ما هنا وبين إناطة الوقف بصفة في الموقوف عليه ـ مثل فقراء أولاده وفقهائهم ـ : بأنّ الوقف في الثاني لم يكن على الأولاد بل على الفقراء منهم، فإذا زال الفقر ينتفي الموقوف عليهم، فكان ذلك جارياً مجرى موتهم وعدمهم، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم، فإنّ ذلك إبطال للوقف باختياره»[٢].

وقال أيضاً في شرح قول الفاضل ـ متّصلاً بمسألتنا السابقة: «وكذا الإشكال لو قال: على أصاغر[٣] أولادي سنة ثمّ على الفقراء»[٤] ـ: «منشأ الإشكال هنا قريب من الذي قبله ـ إلى أن قال: ـ واعلم أنّ بين هذه المسألة والتي قبلها فرقاً، من حيث إنّه في تلك شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد، وفي هذه وقفه على أولاده سنة ثمّ بعد مضيّها هو وقف على المساكين، فينتقل إليهم هو من غير أن ينقله هو»[٥].

↑ ج ٢٨ / ٨٠

---

(١) تقدّم في ص ١٧.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٢.

(٣) ليست في القواعد، بل في جامع المقاصد.

(٤) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٠.

(٥) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٣.

وهو ظاهر أو صريح في أنّ موضوع البطلان ما فرضناه، لا ما حكمنا بصحّته.

أو يقال: إنّ المدار في الصحّة والبطلان في هذه المسائل كلّها ملاحظة معنى العنوانيّة سواء كانت لوصفٍ في الموقوف عليه أو في الواقف أو في غيرهما فيصحّ ـ لعموم «الوقوف...»[1] وغيره ـ وملاحظة معنى الشرطيّة التي تقتضي تعليقاً في السبب، أو إبطالاً لما هو ثابت في الشرع، أو إثباتاً لما هو للشارع لا له... أو نحو ذلك، فيبطل.

فتأمّل جيّداً، فإنّ في كلامهم تشويشاً حتّى الرياض، فإنّه ـ بعد الإغضاء عمّا حكاه[2] فيه عن التذكرة، وعمّا ذكره من غير ذلك ـ قال: «والتحقيق أن يقال: إنّ هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجّحات، فلا يمكن التمسّك بأحدهما، فيبقى الرجوع إلى حكم الأصل وهو عدم الصحّة، وإثباتها بالعمومات غير ممكن بعد فرض سقوطها كالشهرة المرجّحين للإجماعين في البين كنفس الإجماعين، مضافاً إلى ما عرفت من وهن الإجماع الثاني، فإذاً المذهب مختار الأكثر وإن كان الصحّة في الجملة أحوط»[3].

إذ هو ـ كما ترى ـ من غرائب الكلام بعد ما عرفت من أنّ موضوع إجماع التذكرة من انتقال الوقف غير موضوع إجماع الشيخ الذي هو

---

(١) تقدّم في ص ١٧.

(٢) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٥٨.

(٣) المصدر السابق: ص ١٥٩.

النقل؛ ومن هنا قد سمعت أنّ المحكي عنه هنا البطلان مع دعواه الإجماعين المزبورين.

بل ويظهر لك ما في المسالك[١]، بل وما في جامع المقاصد[٢] فضلاً عن غيرهما من الكتب.

فلاحظ وتأمّل؛ كي تعرف الحال في المسائل الثلاث ـ وأنّ المدار في البطلان فيها أجمع على اشتراط الإدخال والإخراج والنقل، وفي الصحّة على اشتراط الدخول والخروج والانتقال ـ وفي معقد إجماع التذكرة وغير ذلك من مسألة الوقف على الأولاد سنة ثمّ على الفقراء... وغيرها، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٨١

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية[٣]: ﴿إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز﴾ له ﴿أن يشرّك معهم﴾ من يتجدّد له من الأولاد ﴿وإن لم يشترط﴾ ووافقه على ذلك القاضي ولكن بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص[٤]، ولعلّ ذلك مراد الشيخ أيضاً.

﴿و﴾ كيف كان، فهو ﴿ليس بمعتمد﴾ لمنافاته قاعدة الأسباب، وما استفاضت به النصوص[٥] من عدم جواز الرجوع فيما كان لله؛ إذ

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٢.

(٣) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٠.

(٤) المهذّب: الوقوف / وقف المفتوحة عنوة ج ٢ ص ٨٩.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٤٢٢، وباب ١١ من كتاب ←

التشريك فيه رجوع عمّا فعله أوّلاً... ولغير ذلك.

ولذا أعرض المشهور[١] عنه، بل لم أجد من وافقهما عليه كما اعترف به غير واحد[٢]، وإن احتجّ[٣] لهما بـ:

صدر صحيح ابن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن الرجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله، ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: لا بأس بذلك، وعن الرجل يتصدّق ببعض ماله على بعض ولده ويبيّنه لهم، أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة؟ قال: ليس له ذلك، إلّا أن يشترط أنّه من ولد له فهو مثل من تصدّق عليه، فذلك له»[٤].

وخبر سهل: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام: عن الرجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله، ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: لا بأس به»[٥].

← الوقوف، وباب ٣ من كتاب الهبات، وباب ٥ منها ح ٥، وباب ٦ منها ح ٣، وباب ١٠ منها ح ١ ج ١٩ ص ٢٠٤ و٢٣١ و٢٣٦ و٢٣٨ و٢٤٣.

(١) نُسب إلى الشهرة في غاية المرام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٣٧٦، ومسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٩ ج ٣ ص ٢١٦.

(٢) نسبه إلى باقي الأصحاب في مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣٠١، والمقتصر: كتاب الوقوف ص ٢١١، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٧٣.

(٤) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٢٢ ج ٩ ص ١٣٧، الاستبصار: الوقوف / باب ٦٣ من تصدّق على ولده ح ٥ ج ٤ ص ١٠١، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٨٣.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢١ ص ١٣٦، و«الاستبصار»: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٢.

وصحيح ابن الحجّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار، ثمّ يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده؟ قال: لا بأس»[١].

وخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الاسناد: «سألته عن رجل تصدّق على ولده بصدقة، ثمّ بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أيصلح ذلك؟ قال: نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ، والهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره»[٢].

فإنّ الجميع ـ بعد الإغضاء عمّا في السند مع عدم الجابر، وعمّا في المتن من أنّها غير مختصّة بدعوى القائل من تشريك خصوص من يتجدّد له من الأولاد، واحتمال الصدقة والجعل غير الوقف، أو إرادة الصدقة والعزم عليها ـ من المطلق الذي يجب حمله على المقيّد الذي في خبر ابن يقطين، بل هو كالصريح في ذلك؛ ضرورة عدم الفرق بين سؤاليه ـ حتّى أجاب الأوّل منهما بنفي البأس، والثاني بعدم الجواز ـ إلّا بالتقييد المزبور.

ج ٢٨ / ٨٢

بل منه يظهر أنّ الإطلاق في مثل هذا السؤال منصرف إلى فاقد القيد المراد منه عدم الإقباض أو عدم بيان المتصدّق به وإن كان عازماً عليه، وعلى كلّ حال يكون خارجاً عن المفروض الذي هو التشريك في

---

(١) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٩ ج ٧ ص ٣١، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٩ ص ١٣٥، و«الوسائل»: ح ٣.

(٢) قرب الاسناد: ح ١١٢٦ ص ٢٨٥، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٥ ج ١٩ ص ١٨٤.

الوقف بعد وقوعه وجمعه لجميع شرائط الصحّة واللزوم وتجرّده عن اشتراط الشركة بالإرادة.

ومن الغريب ما في المسالك من الميل إلى قول القاضي؛ حيث قال بعد ذكر النصوص: «ويمكن التوفيق بين النصوص بأمرين، أحدهما: أن يكون في الثاني قد شرط قصره على الأوّلين، كما يشعر به قوله: (بعد أن أبانهم بصدقة)، ويحمل الأوّل على ما لم يشترط ذلك، على ما يدلّ عليه إطلاقه، فيكون ذلك كقول القاضي. والثاني: حمل النفي في الثاني على الكراهة جمعاً، وكلاهما متّجه إلّا أنّ الأوّل من التأويلين أوجه»[1].

إذ هو ـ كما ترى ـ منافٍ للاستثناء الظاهر في الاتّصال في الخبر المزبور، وبعيد عن لفظ الإبانة أو التبيين، فلا ريب في أنّ الجمع بينها بما ذكرناه.

وخبر قرب الاسناد إنّما هو على مذاق غيره من النصوص الدالّة على ثبوت السلطنة للوالد على مال ولده نحو «أنت ومالك لأبيك»[2]، المحمولة على رجحان عدم معارضة الولد للوالد فيما أحبّه لو كان

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧١.

(٢) الكافي: المعيشة / باب الرجل يأخذ من مال ولده ح ٣ و٥ ج ٥ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١ و٢ و٨ و٩ ج ١٧ ص ٢٦٢ و٢٦٣ و٢٦٥ و٢٦٦، المسند (للشافعي): ص ٢٠٢، مسند أحمد: ج ٢ ص ٢٠٤، سنن ابن ماجة: ح ٢٢٩١ و٢٢٩٢ ج ٢ ص ٧٦٩، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤٨٠ ـ ٤٨١، كنز العمّال: ح ٤٥٤٧١ ج ١٦ ص ٤٦٦، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٦٦٢٨ ج ٩ ص ١٣٠، الجامع الصغير: ح ٢٧١٢ ج ١ ص ٤١٦.

بالغاً وعلى ثبوت الولاية له على ماله على حسب الوجه الشرعي، فلابدّ من حمل الصدقة فيه على ما يقبل التشريك الحاصل من الوالد ولو بسبب جديد، حتّى في الوقف بالنظر إلى التشريك معه في المنفعة بصلح ونحوه.

فظهر لك من هذا كلّه: أنّ الوقف متى تمّ لم يجز له حينئذٍ تغييره بإدخال أو إخراج أو نقل، إلّا مع الشرط الذي ذكرناه.

لكن في المقنعة: «لو حدث في الموقوف عليهم حدث يمنع الشرع عن معونته والصدقة عليه والتقرّب إلى الله تعالى بصلته جاز التغيير؛ فإنّ الوقف صدقة فلا يستحقّه من لايستحقّها، فإذا حدث في الموقوف عليه كفر أو فسق ـ بحيث يستعان بذلك المال عليهما ـ جاز حينئذٍ للواقف التغيير والإدخال»[1]. ↑ ج ٢٨ / ٨٣

ونفى عنه البعد في المختلف[2]، قال: «وإن منعه الحلّي وغيره» ثمّ قال: «وهذا مع حدوث المانع، أمّا لو كان حاصلاً حال الوقف فلا»[3].

وهو كما ترى لا يخفى عليك ما فيه إذا لم يكن ذلك على جهة تغيير العنوان؛ ضرورة معلوميّة اللزوم في عقد الوقف، ولا دليل على جواز نقضه وتغييره بحدوث الحادث المزبور في الموقوف عليه الذي صار الموقوف بسبب الوقف كسائر أمواله.

---

(١) المقنعة: كتاب الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٢ (بتصرّف).

(٢ و٣) الصحيح بدل «المختلف»: «التنقيح» وهو المطابق لنقل الرياض وللمصادر. انظر التنقيح الرائع: الوقوف / الموقوف عليه ج ٢ ص ٣٢٢.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى أنّ الوقف لمّا كان صدقة جارية اعتبر في استدامته ما اعتبر في ابتدائه من كون الموقوف عليه محلّاً للصدقة. ولكن هي أيضاً كما ترى.

وممّا ذكرنا ظهر لك: جواز كلّ شرط سائغ في الوقف؛ حتّى أنّه لو شرط أن لا يؤجر من ضعيف أو مماطل، أو لا يؤجر أزيد من عام مثلاً، أو لا يوقع عليه عقداً حتّى ينقضي مدّة الأوّل، أو لا يسلّم حتّى يقبض الأُجرة... ونحو ذلك، جاز[١].

نعم، لو شرط أنّ له كلّ ما شرط الواقفون في وقفهم أو سيشترطونه، ففي الدروس: «بطل للجهالة، وعن بعض العلماء جوازه، وكأنّه يحمله على الشروط السائغة بأسرها، ولو أنّه صرّح بذلك فالظاهر البطلان؛ لعدم انحصارها»[٢].

قلت: قد يقال: إنّه لم يثبت البطلان بعدم الانحصار هنا بعد فرض تناول عموم «الوقوف...»[٣] و«المؤمنون...»[٤] له، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿القبض معتبر﴾ في الصحّة أو اللزوم ﴿في الموقوف عليه[٥] أوّلاً﴾ وإن شاركهم في طبقتهم من يتجدّد من

---

(١) كتب على هذه الكلمة في بعض النسخ: «نسخة».

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٩ ج ٢ ص ٢٧١.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) يأتي في ص ١٨٢.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: عليهم.

المعدومين ﴿ويسقط اعتبار﴾ غير ﴿ذلك﴾ من القبض ﴿في بقيّة الطبقات﴾.

بلا خلاف أجده فيه[١]، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل قد تشعر به عبارة بعضهم[٢] في باقي الطبقات؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها التي اقتصر في الخروج عنهما على هذا المقدار من القبض، دون غيره الذي يمكن دعوى القطع بعدم اعتباره.

وهذا هو العمدة، لا ما ذكروه[٣]: من أنّهم يتلقّون الملك عن الأوّل، وقد تحقّق الوقف ولزم بقبضه، فلو اشترط قبض الثاني لانقلب العقد اللازم جائزاً بغير دليل، وهو باطل.

↑ ج ٢٨ / ٨٤

إذ هو كما ترى؛ ضرورة أنّ التلقّي من الواقف، وخصوصاً مع شركة المعدوم معهم في طبقتهم، فمع فرض عموم دليل القبض وعدم حصوله من الحاكم ـ الذي هو وليّ البطون ـ لا مانع من صيرورة العقد لازماً في حقّ من قبض دون غيره ممّن فقد الشرط.

وليس ذلك انقلاباً للعقد ولا تبعيضاً ممنوعاً، بل أقصاه أنّه يكون منقطعاً مع فرض الفسخ قبل قبض الطبقة الثانية أو عدم قبضهم،

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٤٩، ورياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٠.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٤٢ و٤٩٤ ـ ٤٩٥.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧١ ـ ٣٧٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٨ ج ٣ ص ٢١٤ ـ ٢١٥، ورياض المسائل: (انظره في الهامش قبل السابق).

والممنوع إنّما هو انقلابه جائزاً في حقّ من لزم في حقّه بلا دليل، كما هو واضح، والأمر سهل بعد معلوميّة الحال.

﴿ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء﴾ أو نحو ذلك ممّن لا يمكن حصول القبض منهم أجمع ﴿فلابدّ﴾ بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك ﴿من﴾ قبض الحاكم الذي هو الوليّ العامّ، أو ﴿نصب قيّم﴾ منه ﴿لقبض الوقف﴾.

ولا يكفي قبض بعض المستحقّين؛ لأنّه ليس هو الموقوف عليه، بل الجنس الذي لا يتحقّق القبض بالنسبة إليه إلّا بقبض جميع أفراده أو الوليّ العامّ، دون بعض أفراده.

و من هنا كان قبض الحاكم للزكاة قبضاً عن الفقراء أجمع، وموجباً لبراءة ذمّة الدافع، وكان له الصلح عنها، بخلاف قبض بعض مستحقّيها فإنّه لايكون قبضاً لها عن الجميع، وإنّما له قبض ما يخصّه الدافع به باعتبار كونه مصرفاً من مصارفها، كما هو واضح، هذا.

ولكن في الدروس[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] والكفاية[٤] والمفاتيح[٥]: «أنّ للواقف نصب قيّم لذلك»، بل في الثاني منها:

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٧.
(٢) يأتي المصدر قريباً.
(٣) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٦٦.
(٤) كفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٩.
(٥) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٨ ج ٣ ص ٢١٥.

«خصوصاً مع فقد الحاكم ومنصوبه، ومحلّ نصبه: قبل إيقاع الصيغة إن اعتبرنا فوريّته، وإلاّ فقبله أو بعده»[١].

وفيه: أنّه لا دليل على أنّ له هذه الوظيفة باعتبار كونه واقفاً، نعم له اشتراط الناظر على وقفه في عقد وقفه؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[٢] وهو غير قابض الوقف.

وربّما استدلّ له[٣] بما في صحيح صفوان السابق في مبحث القبض: «... إن كان أوقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع فيها...»[٤] إلى آخره.

↑ ج ٢٨ / ٨٥

وبما في التوقيع السابق: «فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها، ولا يجوز لغيره»[٥].

إلاّ أنّ الثاني منهما إنّما هو في الناظر؛ ضرورة كون الوقف فيه خاصّاً عليه (صلوات الله عليه)، فلا يراد من القيّم فيها إلاّ الناظر في عمارتها وأداء خراجها ومؤونتها وإيصال ما بقي من دخلها إليه.

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧٢.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ٢١ ص ٢٧٦، عوالي اللآلي: ح ١٧٣ ج ١ ص ٢٩٣، تلخيص الحبير: ج ٨ ص ٣٣٩، كشّاف القناع: ج ٤ ص ٧٣، كشف الخفاء: ذيل ح ٢٣٠٢ ج ٢ ص ٢٠٩، عمدة القاري: ج ١٢ ص ٩٤.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في شرائطه ج ٢٢ ص ١٥٠، ورياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠٠ ـ ١٠١، ومفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٩٦.

(٤) تقدّم في ص ٢٠ و١٣٩.

(٥) تقدّم في ص ٢١.

وأمّا الأوّل منهما فهو ـ مع أنّ من الموقوف عليه ولده، ولم يتعرّض فيه لقبضهم أو للقبض عنهم، والقيّم لا يجدي بالنسبة إليهم ـ ظاهر في الاكتفاء في مثل هذا الوقف بذلك ولا يحتاج إلى قبض، ولا دلالة فيه على ما ذكروه من النصب المزبور قبل الوقف أو بعده.

بل لعلّ التزام ذلك أولى منه، بدعوى أنّه لا دليل على اعتبار القبض في مثل الفرض؛ لاختصاص أدلّته بما لا يشمله، فإطلاق الأدلّة وعمومها بحاله بالنسبة إلى نفي شرطيّته فيه.

وحينئذٍ فما ذكروه لا يخلو من إشكال، خصوصاً بعد اعترافهم بأنّ المراد ممّا أطلقه المصنّف وغيره[1] من النصب: الحاكم، لا ما يشمل ذلك.

﴿ولو كان الوقف على مصلحة﴾ كالقنطرة والمسجد ونحوهما ﴿كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول﴾ عند المصنّف وجماعة[2]، بل في المسالك: «أنّ وجهه ظاهر؛ لأنّ القبول يكون من الموقوف عليه، وقد عرفت أنّ الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة، ولا يعقل اعتبار قبولها، بخلاف ما لو كان الوقف على معيّن، فإنّ قبوله ممكن»[3].

وإن كان لا يخفى عليك ما فيه؛ ضرورة كون القبول جزءً من

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩.

(٢) كالعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الشرائط ج ١ ص ٤٥٢، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٠٩ ج ٣ ص ٢٠٧.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧٢.

الوقف الذي قد عرفت الإجماع على أنّه من العقود، فهو أولى من القبض الذي هو شرط على فرض اعتباره، وتكلّفوا حصوله بقبض الناظر والحاكم وغيرهما.

وقد مرّ تحقيق المسألة، وقلنا: الظاهر وحدة سببيّة الوقف، لا أنّه عقد في المعيّن وإيقاع في غيره، وقد استظهرنا كونه عقداً في الجميع، فلابدّ حينئذٍ من القبول من الحاكم أو منصوبه في المفروض فضلاً عن سابقه.

إنّما الكلام في قول المصنّف ومن تأخّر عنه[1] هنا: ﴿وكان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة﴾ الذي هو مبني على اعتبار القبض في الوقف مطلقاً، حتّى أنّه في المسالك نفى الريب عنه[2].

↑ ج ٢٨ / ٨٦

كما أنّ فيها[3] وفي غيرها[4] أيضاً أنّه «إن كان لتلك المصلحة ناظر شرعي من قبل الواقف تولّى القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم؛ لأنّ الناظر مقدّم عليه، فإن لم يكن لها ناظر خاصّ فالقبض إلى الحاكم».

---

(١) كالعلّامة في القواعد: (تقدّم المصدر آنفاً). والشهيد في الدروس: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٧. والسبزواري في الكفاية: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٩.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً: ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٤) كجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٤. ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٨ ج ٣ ص ٢١٥.

وإن كان قد يناقش: بأن لا دليل على اقتضاء نظارته ـ المستفادة من عموم «المؤمنون...»[١] ـ ثبوت ولاية له على وجهٍ يكون قبضه لما يوقف على الصرف فيها قبضاً عن الموقوف عليه.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ مشروعيّة نظارته تقتضي ذلك، أو يقال: إنّ الوقف إنّما هو على المصلحة التي تحقّق ولايته عليها باشتراط النظارة فيها، فيكون وليّاً لها بالنسبة إلى ذلك.

لكن فيه: ما عرفت من أنّ الوقف في ذلك على المسلمين وإن صرف في المصلحة الخاصّة لهم؛ لعدم قابليّة الجهة للوقف عليها، وحينئذٍ فاشتراط نظارته فيها لا تقتضي الولاية على المسلمين على وجهٍ يقوم قبضه ما يوقف لإرادة تعميرها ونحوه مقام قبضهم، فضلاً عن أن يكون هو مقدّماً على الحاكم الذي هو الوليّ العامّ.

ولعلّه لذا وغيره عبّر في الرياض عن هذا الحكم بلفظ: «قالوا»[٢] مشعراً بعدم الإذعان به.

﴿ولو وقف مسجداً صحّ الوقف ولو صلّى فيه واحد﴾ بإذنه بنيّة أنّه قبض له، بل حتّى لو كان هو الواحد ﴿وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيها ولو واحداً﴾ كذلك؛ لتحقّق القبض حينئذٍ بذلك.

ولعلّ دليله ما يقال[٣]: من الإجماع المستفاد من الإيضاح وجامع

---

(١) تقدّم في ص ١٨٢.

(٢) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٠١.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٤٩٨.

المقاصد، وإن كنّا لم نتحقّقه[١]، نعم ذكره غير واحد من الأصحاب[٢] ذكر المسلّمات.

فإن تمّ إجماعاً وإلّا فلا يخفى ما فيه من الإشكال؛ ضرورة أنّه لا ولاية للفاعل على جميع الموقوف عليهم، حتّى يكون القبض منه بالفعل المزبور قبضاً عنهم.

على أنّه لم يعتبر أحد منهم في القبض في غيرهما انتفاع القابض بالموقوف فيما وقفه عليه واقفه، وإلّا لاكتفي به في باقي الأوقاف العامّة التي عرفت أنّه لابدّ من نصب قيّم فيها.

ودعوى: الفرق بينهما بأنّ الوقف فيهما على الجهة، فيكفي قبض واحد من عباد الله، بخلاف غيرهما من الوقف على الفقراء ونحوهم.

كما ترى لا تستأهل ردّاً؛ ضرورة أنّ الوقف هنا على المسلمين أو أخصّ منهم كما في المقبرة الخاصّة.

مع أنّ الفعل المزبور فرع حصول الوقف، لا أنّه به يتمّ الوقف وخصوصاً في أمثال ذلك من المصالح العامّة التي مرجعها للمسلمين.

↑ ج ٢٨ / ٨٧

بل إن أُريد حصر قبضهما لمثل ذلك على وجهٍ لا يجزئ غيرهما ازداد إشكالاً؛ لمخالفته لعموم ولاية الحاكم المقتضي للاكتفاء بحصول القبض منه ومن منصوبه بالاستيلاء عليه بإذن الواقف كغيره من

---

(١) الظاهر أنّ استفادة الإجماع منهما بلحاظ طرحهما لاحتمال العدم في ذيل عبارة العلّامة دون صدرها الذي هو محلّ الكلام، انظر إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٢، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٤ و٢٥.

(٢) انظر الهامش السابق.

الموقوفات من غير حاجة إلى صلاة أو دفن .

ولذا صرّح الفاضل في القواعد[١] والمحقّق الثـاني فـي جـامعه[٢] والشهيد الأوّل في دروسه[٣] والثاني في مسالكه[٤] بالاكتفاء به ، كما هو المحكي عن الإيضاحين[٥] والتنقيح[٦] والكفاية[٧] والمفاتيح[٨] ، إلاّ أنّ الجميع ذكروا ذلك بلفظ «الأقرب» و«الأقوى» ونـحوهما ، مشـعرين باحتمال العدم ، كما صرّح به في جامع المقاصد قال : «لعدم النصّ»[٩] ، وظاهره وجوده في الأوّل ، لكن لم نعثر عليه .

وعلى كلّ حال ، فقد قيّده غير واحد بوقوع ذلك بإذن الواقـف[١٠] ـ ليتحقّق الإقباض الذي هو شرط صـحّة القـبض ـ وبـوقوعهما بـنيّة القبض أيضاً ، فلو أوقعاه لا بنيّته ـ كما لو وقع قبل العلم بالوقف ، أو بعده قبل الإذن في الصلاة ، أو بعدها لا بقصد القبض ، إمّا لذهوله عنه أو لغير ذلك ـ لم يعتبر ، وهو مؤكّد لما قلناه هناك في القبض .

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٨٩.

(٢ و٩) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٥.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٦٨ ج ٢ ص ٢٦٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧٣.

(٥) إيضاح الفوائد: الوقف / في أركانه ج ص ص ٣٨٢، ونقله عن إيضاح النـافع فـي مـفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٠١.

(٦) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٠٢.

(٧) كفاية الأحكام: الوقف / في الشرائط ج ٢ ص ٩.

(٨) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٨ ج ٣ ص ٢١٥.

(١٠) مسالك الأفهام: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧٣، مفاتيح الشرائع: (انظر الهامش قبل السابق).

لكن في جامع المقاصد وتبعه غيره[1]: «وإنّما اختصّ هذا الوقف بنيّة القبض ولم يشترط في مطلقه؛ لأنّ المقصود هنا صرفه إلى الجهة الموقوف عليها، وقبض بعض المستحقّين كقبض الأجنبي بالنسبة إلى قبض الموقوف عليه، فلابدّ من نيّة صارفة له إلى الوقف، بخلاف الوقف على معيّن، فإنّ قبضه متحقّق لنفسه، والمطلوب صرفه إليه وهو حاصل، فلا حاجة إلى قصدٍ يعيّنه».

«ومن الفرق يظهر أنّ القابض لو كان وكيلاً عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير، وكذا لو وقف الأب والجدّ ما بيدهما على المولّى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، ولا يكفي استصحاب يدهما؛ لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره»[2].

ولا يخفى عليك ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً ـ ما في هذا الكلام، بعد معلوميّة كون القبض يقع على وجوه متعدّدة، فلابدّ من تشخيصه بالقصد وإن كان الوقف على معيّن، سواء كان في يده المال بعارية ونحوها أو لم يكن، فلا يكفي فاقد القصد فضلاً عن المقصود به عدم قبض الوقف، كما هو واضح.

↑ ج ٢٨ / ٨٨

مع أنّه قد يقال في المقام ـ الذي فرض دليله إطلاق الأصحاب ذلك ـ الاكتفاء بذلك كيف كان؛ للإطلاق المزبور.

---

(١) كمسالك الأفهام: (انظره في الهامش السابق).

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٢٤ ـ ٢٥ (بتصرّف شديد منشؤه أخذ العبارة نصّاً من المسالك).

اللّهمّ إلّا أن يقال: بانسياق المقصود من القبض منه دون الأعمّ، ومثله آتٍ في الوقف على المعيّن مع فرض وجود إطلاق يقتضي الاكتفاء به، وإلّا فقد عرفت أنّ ظاهر الأدلّة القبض المقصود به قبض وقف، كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً[1].

وكذا المنساق هنا ـ بعد انحصار الدليل في الإطلاق المزبور ـ الوقوع على الوجه الشرعي وكون المدفون من جملة الموقوف عليهم، كالمسلم فيما يوقف على المسلمين، وفي حكمه من يتبعه من طفل أو مجنون، بل والمسبي في وجه قويّ، كما صرّح بذلك كلّه بعضهم[2].

وإن كان لايخلو من نظر في بعض الأفراد التي يمكن دعوى تحقّق صدق القبض فيها، كالدفن الذي لم يمنع الرائحة مثلاً.

﴿ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن، ولم يتلفّظ بـ﴾ صيغة ﴿الوقف، لم يخرج عن ملكه﴾ بلا خلاف أجده فيه[3] هنا ﴿وكذا لو تلفّظ بالعقد ولم يقبضه﴾ بل في المسالك: «هذا موضع وفاق، وإنّما نبّه به على خلاف أبي حنيفة حيث جعل الوقف متحقّقاً بالإذن مع الصلاة وبالدفن كذلك، محتجّاً بالعرف، وقياساً على

---

(١) في ص ١٤٣.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في الشرائط ج ٥ ص ٣٧٤، والعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في أركانه ج ٢١ ص ٥٠١.

(٣) صرّح بالحكم في الخلاف: الوقف / مسألة ٢٠ ج ٣ ص ٥٥٠، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٣، وتحرير الأحكام: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٩٠، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ١٣.

تقديم الطعام للضيف، والعرف ممنوع، والفرق ظاهر»[١].

قلت: لكن قد ذكرنا في أحكام المساجد[٢] أنّه قال في المبسوط: «إذا بنى مسجداً خارج داره في ملكه؛ فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كلّ من أراده زال ملكه، وإن لم ينو ذلك فملكه باقٍ عليه سواء صلّى فيه أو لم يصلّ»[٣].

وقال في الذكرى: «ظاهره الاكتفاء بالنيّة، وليس في كلامه دلالة على التلفّظ، ولعلّه الأقرب»[٤]. ونحوه في الدروس[٥] ومحكيّ مجمع البرهان[٦].

وقلنا هناك: إنّ دليلهم دعوى السيرة من المسلمين على ذلك، وهي ممنوعة.

وعن جامع المقاصد: «إنّ في النفس من ذلك شيئاً (لأنّ الحال فيه كالحال)[٧] في غيره من العقود مثل النكاح»[٨].

قلت: هو حينئذٍ كالنكاح من العقود خاصّة، لا غيره ممّا شرّعت

(١) مسالك الأفهام: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٢) في ج ١٤ ص ١١٧.

(٣) المبسوط: كتاب الجماعة ج ١ ص ٢٣٠.

(٤) ذكرى الشيعة: مكان المصلّي / مباحث المساجد ج ٣ ص ١٣٣.

(٥) الدروس الشرعيّة: الصلاة / درس ٣٢ ج ١ ص ١٥٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الصلاة / تتمّة بحث مكان المصلّي ج ٢ ص ١٦٠.

(٧) في المصدر بدلها: «وليس بمعلوم ما ذكره، ولا حاجة إلى الفحص عن كيفيّة الوقف إذا شاع كونه مسجداً وصرّح به المالك كما».

(٨) جامع المقاصد: الصلاة / في المساجد ج ٢ ص ١٥٧.

المعاطاة فيه بالسيرة القطعيّة عند القائل بها كما نقّحناه في محلّه، إلّا أنّها لمّا كانت هنا مفقودة في مثل المساجد ونحوها ـ فضلاً عن غيره من الأوقاف الخاصّة ـ قلنا: إنّه كالنكاح لا يجزي فيه إلّا العقد ولا تشرع فيه المعاطاة، وإن حكي عن بعض المعاصرين[1] توهّم ذلك، إلّا أنّه كما ترى.

↑ ج ٢٨ / ٨٩

(١) كالسيّد المجاهد في المناهل: كتاب الوقف ص ٤٦٩.

﴿النظر الثالث: في اللواحق﴾

﴿وفيه مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

﴿الوقف﴾ إذا تمّ زال عن ملك الواقف عند الأكثر[1]، بل عن المشهور[2]، بل في محكيّ الغنية[3] والسرائر[4]: الإجماع عليه.

وهو الحجّة على ما تفرّد به أبو الصلاح في ظاهر المحكي من كافيه: من البقاء على ملك الواقف[5].

مضافاً إلى إمكان دعوى: القطع به من النصوص التي ستسمع بعضها في إثبات انتقاله إلى الموقوف عليه.

---

(١) كما في إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٠، وجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦١.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٧٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٥ ج ٣ ص ٢١٢، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٩.

(٣) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٥.

(٥) استفيد من تقسيمه للصدقة إلى ما يقتضي تمليك الرقبة وإلى إباحة المنافع وتقسيمه الثاني إلى الوقف وغيره. انظر الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

ومضافاً إلى دعوى: كون ذلك هو المراد من إنشائه الذي شرّع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقي العقود، وإن جعل لها شرائط صحّة ولزوم، خصوصاً بعد ملاحظة كونه قسماً من الصدقات.

وقوله ﷺ: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[١] لا دلالة فيه على ما ينافي ذلك؛ ضرورة إمكان إرادة بقاء الأصل محبوساً ولو على ملك الموقوف عليه بحيث لا يباع ولا يوهب ولا يورث ـ إذ الحبس فيه مقابل تسبيل الثمرة ـ لا الحبس الذي هو العقد المقتضي بقاء ملك العين للمالك؛ إذ هو قسيم الوقف لا نفسه.

وجواز إدخال من يريد فيه ـ مع صغر الأولاد وإن لم يشترط ـ قد عرفت منعه عندنا، مع أنّه لا يدلّ على ذلك؛ ضرورة إمكان كونه لدليل شرعي وهو النصوص السابقة، وإلّا فلا إشكال في كون الثمرة للموقوف عليه، فتكفي حينئذٍ في المنع عن التشريك المزبور، كما هو واضح.

فما عن بعض العامّة: من بقائه على ملك الواقف[٢] ـ لذلك، وللأصل المقطوع بما عرفت ـ واضح الفساد.

بل الأقوى ما أطلقه المصنّف من أنّه ﴿ينتقل إلى ملك الموقوف عليه﴾ كما عن المبسوط[٣] وفقه القرآن[٤] والغنية[٥] والسرائر[٦]

---

(١) تقدّم في ص ١٣.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ١٨٧ ـ ١٨٨، المجموع: ج ١٥ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٧.

(٤) فقه القرآن: الوقوف / كيفيّة الوقف ج ٢ ص ٢٩٣.

(٥) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٨.

(٦) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.

والتـذكرة [١] والإرشـاد [٢] وشـرحـه لولده [٣] وجـامع الشـرائـع [٤] والتحرير [٥] والمختلف [٦]، سواء كان على معيّن أو غير معيّن أو جـهة عامّة حتّى المسجد والمقبرة التي وقف على المسلمين مثلاً، بـل فـي المسالك نسبة ما في المتن إلى الأكثر [٧]، وعن غيرها إلى المشهور [٨].

↑ ج ٢٨ / ٩٠

﴿لأنّ فائدة الملك﴾ باستحقاق النماء والضمان بالتلف ونحوهما ﴿موجودة فيه﴾.

ونقض [٩] ذلك بضمان بواري المسـجد وآلاتـه ـ مـع أنّـها ليست مالاً ـ يدفعه: منع عدم كونها مالاً، وإلّا لم تـضمن؛ ضـرورة اقـتضاء اعتبار الماليّة في الضمان المستفاد من قـوله عليه السلام: «مـن أتـلف مـال غيره...» [١٠] ونحوه.

فيتعيّن حينئذٍ ضمانها للمسلمين الذين هم الموقوف عليهم، كباقي أموالهم من أرض الخراج وغيره؛ لعلوّ رتبة مالك السماوات والأرض

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٠ (الطبعة الحجرية).

(٢) إرشاد الأذهان: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٤.

(٣) شرح الإرشاد: الوقف / في الأحكام ورقة ٦٨ (مخطوط).

(٤) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٦٩ (مال إلى ذلك).

(٥) تحرير الأحكام: الوقف / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٢٩٤.

(٧) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٧٦.

(٨) كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٩.

(٩) نقض بذلك في مسالك الأفهام: (انظر المصدر قبل السابق).

(١٠) أرسله بلفظه في العناوين الفقهيّة: عنوان ٥٥ ج ٢ ص ٤٠٢.

عن التشبيه بملك الآدميّين، وما كان له من ذلك فهو لوليّه كما في الأنفال، ومن المعلوم عدم كون المقام منها.

وعلى كلّ حال، فلا محيص عن القول بالملك للموقوف عليه، ﴿والمنع من البيع لا ينافيه كما في أُمّ الولد و﴾ غيره، مع أنّه ﴿قد يصحّ بيعه على وجهٍ﴾ من الوجوه عند كثير من الأصحاب[1].

ولما سمعته سابقاً[2] من أنّ كلّ وقف لابدّ له من موقوف عليه، بل هو من أركانه، وأنّ الوقف على الجهات في الحقيقة على المسلمين، والمراد بالموقوف عليه هو الذي يتصدّق عليه بعين الموقوف ومنفعته، كما هو صريح ما ورد عنهم عليهم السلام في صدقاتهم؛ فـ:

في صدقة الكاظم عليه السلام: «... هذا ما تصدّق به موسى بن جعفر عليه السلام بأرض بمكان كذا وكذا، وحدّ الأرض كذا وكذا، كلّها ونخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها وشربها من الماء وكلّ حقّ قليل أو كثير هو لها في مرفع أو مظهر أو مغيض أو مرفق أو ساحة أو شعبة أو مشعب أو مسيل أو عامر أو غامر، تصدّق بجميع حقّه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء...»[3] إلى آخره.

بل هو المستفاد من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمّا جاءه البشير بعين

---

(١) تقدّمت مسألة بيع الوقف مفصّلة في ج ٢٣ ص ٥٧٥...

(٢) في ص ١١٠.

(٣) الكافي: الوصايا / باب صدقات النبيّ صلى الله عليه وآله ح ٨ ج ٧ ص ٥٣، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ص ٢٠٢ (اللفظ منقول عن الكافي).

ينبع فقال: «بشّر الوارث، هي صدقة بتّة بتلاء في حجيج بيت الله تعالى وعابر سبيل الله، لاتباع ولا توهب ولا تورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»[1]؛ فإنّ المراد بالوارث: الموقوف عليه، كما أنّ المراد من قوله عليه‌السلام: «بتّة بتلاء» بائنة منقطعة عن صاحبها.

ج ٢٨ / ٩١

بل لعلّ قوله: «لاتباع ولا توهب» يومئ إلى إرادة الصدقة بها عيناً ومنفعةً على الموقوف عليه، إلّا أنّ الصدقة بالعين ليس على حدّ غيرها من الصدقة التي تباع وتوهب، بل هي له على إرادة ملك نحلتها ـ مثلاً ـ ملكاً مطلقاً.

على أنّه لا إشكال في أنّ أمثال هذه العيون والبساتين والدور والعبيد أموال تضمن بالتلف، وليس في الشرع مال بلا مالك، والفرض خروج الواقف بوقفه عنه، فليس إلّا الموقوف عليه الذي قصد التصدّق به عليه.

ودعوى: كونه لله واضحة الفساد؛ ضرورة أنّ المتصدّق قد قصد بصدقته خصوص الموقوف عليه، ومقتضى شرعيّة ذلك ترتّب ما قصده عليه لا غيره.

على أنّ ربّ العزّة تعالى عن شبه ملك الآدميّين، وإنّما هو مالك

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٥٦ ج ٩ ص ١٤٨، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ ج ١٩ ص ١٨٦، وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٩ ص ٥٤.

السماوات والأرضين وما نحن فيه من الملك المالي المختصّ بالآدميّين، وملكه بالمعنى المزبور إنّما هو لوليّه كما في النصّ[١]، والتزام ذلك هنا معلوم الفساد؛ ضرورة عدم كون العين الموقوفة من الأنفال ـ التي هي للإمام عليه‌السلام بحقّ الإمامة ـ كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام، كما هو واضح.

وبذلك كلّه ظهر لك وجه الدليل في المسألة، لا ما يذكر في جامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] وغيرهما[٤] ممّا هو واضح الضعف.

ومن الغريب: مع اعتراف بعضهم بضعف ما ذكروه دليلاً قال: «الأقوى الانتقال إليه، لكنّه إنّما يتمّ في الموقوف عليه المعيّن، أمّا لو كان على جهة عامّة أو مسجد ونحوه فالأقوى أنّ الملك فيه لله تعالى[٥]؛ لتساوي نسبة كلّ واحد من المستحقّين إليه، واستحالة ملك كلّ واحد أو واحد معيّن أو غير معيّن؛ للإجماع واستحالة الترجيح، ولا المجموع من حيث هو مجموع؛ لاختصاص الحاضر به»[٦].

وكأنّه تبع بذلك الفاضل في قواعده؛ حيث إنّه ـ بعد أن جزم بزوال

---

(١) أُصول الكافي: كتاب الحجّة / انظر باب أنّ الأرض كلّها للإمام عليه‌السلام، وباب صلة الإمام عليه‌السلام ج ١ ص ٤٠٧ و٥٣٧.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦٣ ـ ٦٤.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٤) كإيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٥) في بعض النسخ إضافة: شأنه.

(٦) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٧٧.

الوقف عن مالكه ـ قال: «ثمّ إن كان مسجداً فهو فكّ ملك كالتحرير، وإن كان على معيّن فالأقرب أنّه يملكه، وإن كان على جهة عامّة فالأقرب أنّ الملك لله تعالى»[١]. وإن كان مخالفاً له في المسجد ونحوه.

وفيه أوّلاً: ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ إمكان دعوى الإجماع منّا على الانتقال إلى الموقوف عليه خصوصاً في المعيّن، وإن أرسل في محكيّ المبسوط[٢] والسرائر[٣] قولاً بالانتقال إلى الله تعالى، إلّا أنّ الظاهر كونه للعامّة كما لا يخفى على المتتبّع، بل قيل: «ظاهر التذكرة أو صريحها أنّ الخلاف بين الخاصّة والعامّة ـ في أنّه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله (سبحانه وتعالى) ـ إنّما هو فيما إذا وقف على معيّن أو جهة عامّة»[٤].

↑ ج ٢٨ / ٩٢

وثانياً: إمكان دعوى القطع باتّحاد كيفيّة سببيّة الوقف، وأنّ مقتضاه مقتضى واحد سواء كان متعلّقه عامّاً أو خاصّاً، ولا إشكال في اقتضائه الانتقال إلى المعيّن، فيثبت في غيره أيضاً مطلقاً؛ إذ كلّ وقف لابدّ له من موقوف عليه كما عرفته في محلّه.

وثالثاً: قد ذكرنا غير مرّة أنّ نسبة الملك إلى الكلّي كنسبة المملوكيّة له ثابتة في الشرع، ولا محيص عن القول بها في مثل الزكاة والخمس

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٧.

(٣) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٤.

(٤) مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٦٦٦.

والأرض المفتوحة عنوةً والوصيّة والنذور وغيرها، فما ندري ما السبب الذي دعاهم إلى هذه التكلّفات والتجشّمات التي لا توافق قواعد الفقه، خصوصاً بعد احتماله في الدروس: أنّ الملك في المسجد ـ فضلاً عن غيره ـ للمسلمين[1]؛ ضرورة اقتضاء ذلك عدم امتناعه، فيجب أن يكون هو مقتضى العقد الذي قد قصد به الصدقة بالعين والمنفعة عليهم، لكن على الوجه الذي اعتبره الواقف؛ فإنّ «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[2] بالنسبة إلى ذلك.

ولعلّه لذا أطلق المصنّف والمعظم أنّ الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه؛ لمعلوميّة عدم خلوّ وقف عن موقوف عليه إمّا عامّ وإمّا خاصّ؛ حتّى الوقف على الجهات.

بل لعلّ ما تقدّم من الفاضل من جواز وقف البقرة للحرث مثلاً خاصّة ـ على معنى: بقاء غيره من المنافع على ملك المالك ـ أيضاً كذلك، فتكون عين البقرة ومنفعتها الخاصّة للموقوف عليه وإن بقي غيرها من المنافع على ملك الواقف، كما لو استثنى بعض المنافع من تسبيل الوقف.

فتأمّل جيّداً في ذلك، بل وفي غيره من الوقف المنقطع بناءً على المختار عندنا من أنّه قسم من الوقف، لا أنّه حبس، فيتّجه فيه حينئذٍ ما ذكرناه في الوقف المؤبّد، والله العالم.

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٧.

(٢) تقدّم في ص ١٧.

↑ ج ٢٨ / ٩٣

وبذلك كلّه يظهر لك النظر فيما في جملة من كتب الأصحاب؛ كالدروس والإيضاح وجامع المقاصد وغيرها[١]، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

وعلى كلّ حال ﴿فلو وقف﴾ عبده أو ﴿حصّةً من عبد﴾ مشترك بينه وبين غيره مثلاً ﴿ثمّ أعتقه لم يصحّ العتق﴾ قطعاً ﴿لخروجه عن ملكه﴾ عندنا، و«لا عتق إلّا في ملك»[٢]، بل وعلى القول ببقائه له؛ لمنافاته ما سبق من الوقف المقتضي حبس العين على وجهٍ لا تتغيّر ـ عيناً ولا منفعةً ـ عمّا وقعت عليه بسبب قهري كالإرث فضلاً عن الاختياري من بيع ونحوه.

وفسخه بالشفعة إنّما هو لسبق تعلّقها بالعين قبل حصوله، فكأنّه صار وقفاً مستحقّاً في عينه الشفعة، وليس كذلك الخيار المتعلّق بالعقد دون العين كما أوضحناه في محلّه[٣].

وعلى كلّ حال، ظاهر أدلّة مشروعيّته عدم تغيّره بسبب من الأسباب إلّا ما خرج.

﴿و﴾ من هنا ﴿لو أعتقه الموقوف عليه﴾ الذي قد عرفت أنّه المالك عندنا ﴿لم يصحّ أيضاً﴾ لما سمعت، و﴿لتعلّق حقّ البطون به﴾ حيث يكون مؤبّداً عليهم مثلاً.

بل ﴿و﴾ كذا الحال فيما ﴿لو أعتقه الشريك﴾ وإن ﴿مضى العتق

---

(١) تقدّمت المصادر آنفاً.

(٢) عوالي اللآلي: باب العتق ح٣ ج٣ ص ٤٢١، تذكرة الفقهاء: الجهاد/في الغنائم ج٩ ص١٤٩.

(٣) في ج ٢٤ ص ١٣٢ و١٦٧.

في حصّته، و﴿ لكن ﴿لم يقوِّم عليه﴾ في الحصّة التي هي وقف ﴿لـ﴾ما عرفت من اقتضاء الوقف بقاءها.

ولكن في المتن تعليله: بـ﴿أنّ العتق لا ينفذ فيه مباشرةً فأولى أن لا ينفذ[1] سرايةً﴾ لأنّ العتق مباشرةً أقوى من العتق بالسراية؛ لأنّه يؤثّر إزالة الرقّ بلا واسطة، وهي إنّما تؤثّر فيه بالواسطة، ولأنّها من خواصّ عتق المباشرة وتوابعه، فإذا لم يؤثّر الأقوى المتبوع وذو الخاصّة فالأضعف والتابع أولى.

فاتّجه له أن يقول: ﴿ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم انفكاكه[2] من الرقّ، ويفرَّق بين العتق مباشرةً وبينه سرايةً بـ﴿فقدان﴾ شرط الأوّل؛ لـ﴿أنّ العتق مباشرةً يتوقّف على انحصار الملك في المباشر، أو فيه وفي شريكه﴾ وهو هنا مفقود؛ لتعلّق حقّ البطون ﴿وليس كذلك افتكاكه، فإنّه﴾ لا يشترط فيه ذلك؛ إذ هو ﴿إزالة للرقّ شرعاً﴾ بطريق القهر؛ لقوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد وله مال قوّم عليه الباقي»[3]، وحينئذٍ ﴿فيسري في باقيه ويضمن[4] الشريك القيمة؛ لأنّه يجري مجرى الإتلاف﴾ الموجب لذلك.

↑ ج ٢٨ / ٩٤

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: فيه.

(٢) في بعض النسخ ـ مطابقاً لنسختي الشرائع والمسالك ـ: افتكاكه.

(٣) عوالي اللآلي: باب العتق ح ٢٤ ج ٣ ص ٤٢٧، تفسير الرازي: ج ٢٠ ص ١٨٩، مستدرك الوسائل: باب ١٦ من كتاب العتق ح ٥ ج ١٥ ص ٤٦١.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: فيضمن.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ بل منع، بعد ما عرفت من أنّ الدليل ظهور أدلّة الوقف في بقاء العين على وجهٍ لا يؤثّر في تغييرها عنه السبب الاختياري ـ بعوض ودونه كالبيع والهبة ـ ولا القهري كالإرث، بل لعلّ ما في النصوص من أنّه «لا تباع ولا توهب ولا تورث»[١] يشير إلى ذلك.

وحينئذٍ فلا يعارضه أدلّة الأسباب الأُخر من غير فرق بين دليل السراية وغيره مع عدم تمامها في المنقطع بناءً على المختار من كونه قسماً من الوقف حقيقةً، لا حبساً. وليس مبنى المنع شركة البطون التي لاحظها المصنّف في الفرق بين العتق مباشرةً وسرايةً.

على أنّه قيل: «من شرط السراية أن تستلزم الانتقال إلى ملك المعتق، وهو مفقود في المقام»[٢].

فلا ريب في عدم نفوذ العتق فيه مباشرةً ولا سرايةً وفاقاً للمشهور، بل في المسالك: «كاد يكون إجماعاً»[٣]، بل لم أجد قائلاً بخلافه.

ثمّ إنّ ظاهر المتن: اختصاص جريان الاحتمال المزبور على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، دون القول ببقائه على ملك الواقف أو انتقاله إلى الله (تعالى شأنه)، بل هو صريح الدروس حيث قال: «إنّ الوجهين مبنيّان على المالك؛ فإن قلنا: هو الله تعالى أو الواقف

---

(١) تقدّم في ص ١٩٦.

(٢) مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٦٧٢ ـ ٦٧٣.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٧٩.

فلا سراية ، وإن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السراية»[١].

وفي غاية المراد : «إنّ احتمال التقويم[٢] على تقدير القول بالانتقال إلى الله تعالى ، ويقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم»[٣]. ولم يتعرّض لحكمه على القول ببقائه على ملك الواقف . وربّما وجّه[٤]: بأنّ انتقاله إلى الله سبحانه في معنى التحرير ، فلا وجه للسراية فيه .

إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة إرادة قطع سلطنة الآدميّين عنه ، وإلّا فهو كملكهم ، ولذا يباع في بعض الوجوه ، وحينئذٍ فلا مانع من نفوذ العتق فيه مع الدليل .

كما أنّ توجيه عدم السراية فيه ـ على القول ببقائه على ملك الواقف ـ : بأنّه ليس ملكاً محضاً له ؛ لملك البطون منفعته بالوقف ـ ومن شرط السراية محضيّة الملك ـ واضح المناقشة : بأنّ دليلها عامّ .

↑ ج ٢٨ / ٩٥

ومن هنا قال في المسالك : «الحقّ : أنّ الاحتمال قائم على الجميع ؛ لأنّ عموم خبر السراية شامل للجميع ، والمنع مباشرةً لعارض موجود كذلك وقد قرّرناه سابقاً ، والفرق بين ملك الواقف والموقوف عليه ضعيف جدّاً ، فإنّ كلّاً منهما ممنوع من التصرّف ؛ إمّا لحقّ الموقوف عليه

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٨.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: يضعف.

(٣) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٦.

(٤) كما في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦٦.

مطلقاً، أو لباقي البطون، أو لعموم اقتضاء الوقف تحبيس الأصل عن مثل هذا التصرّف»(١).

قلت: ودعوى أنّها على خلاف القواعد فيقتصر فيها على المتيقّن ـ وهو غير الملك المفروض ـ تقتضي عدم جريانها حتّى إذا كان الملك للموقوف عليهم كما هو واضح، والأمر سهل بعد معلوميّة الحال.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا وقف مملوكاً﴾ ففي محكيّ المبسوط(٢): ﴿كانت نفقته في كسبه شرط(٣) ذلك أو لم يشترط﴾ وإن قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه؛ لأنّ نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار، وهي مقدّمة من غلّته على حقّ الموقوف عليه، ولأنّ الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه، وهو موقوف على بقاء عينه ﴿و﴾ إنّما تبقى بالنفقة، فيصير كأنّه شرطها من كسبه. نعم ﴿لو عجز عن الاكتساب﴾ بما لا ينعتق به ﴿كانت نفقته على الموقوف عليهم﴾.

وفيه: أنّ الكسب أحد أموال المولى الذي هو الموقوف عليه، ولا دليل على اختصاص الإنفاق ـ الواجب عليه ـ من المال المزبور، وكذا العقار، إلاّ مع الشرط المفروض عدمه.

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨١.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٨.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: اشترط.

﴿و﴾ من هنا ﴿لو قيل في المسألتين كذلك﴾ أي أنّها عليهم بناءً على الانتقال إليهم ﴿كان أشبه﴾ بالأدلّة ﴿لأنـ﴾ـها مطلقة في أنّ ﴿نفقة المملوك تلزم المالك﴾ من غير فرق بين الموقوف عليه وغيره، وبين كسبه وغيره، ومن هنا اختاره جميع من تأخّر عن المصنّف[1].

نعم، قيّده جماعة[2] بما إذا كانوا معيّنين، وإلّا كانت في كسبه إن كان ذا كسب، قال بعضهم: «وإلّا ففي بيت المال، فإن لم يكن بيت مال وجبت كفايةً كغيره من المحتاجين»[3].

بل في الدروس: «هي في كسبه أيضاً وإن كان لمعيّنين إن قلنا بأنّ الملك لله تعالى، فإن تعذّر فعلى الموقوف عليهم»[4].

↑ ج ٢٨ / ٩٦

وبناه في المسالك على أنّ نفقة الأجير الخاصّ والموصى بخدمته على مستحقّ المنافع أم لا، فإن جعلناها عليه فهي على الموقوف عليهم أيضاً، وإلّا ففي كسبه، فإن تعذّر ففي بيت المال، ويحتمل كونها في بيت المال مطلقاً.

ثمّ قال: «وعلى القول بكون المالك الواقف فالنفقة على الموقوف عليه على الأوّل، وعلى الواقف على الثاني، فإن تعذّر ـ لإعسار أو

---

(١) كالعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٤، وولده في الإيضاح: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤، والشهيد في اللمعة: كتاب الوقف ص ١٠٥، والصيمري في غاية المرام: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٧٨.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٤.

(٣) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٣.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٨ (بتصرّف في صدر العبارة).

غيره ـ ففي كسبه ، فإن قصر ففي بيت المال ، ويحتمل تقديم كسبه وتقديم بيت المال»[1].

وعن الإيضاح[2] وظاهر الدروس[3] أو صريحها : أنّها في كسبه .

وعن ظاهر التذكرة : في بيت المال[4].

ولكن لا يخفى عليك : أنّ مقتضى إطلاق دليل لزوم النفقة للمالك عدم الفرق بين كونه معيّناً وغير معيّن مع فرض وجود مال للأخير ، كما لو فرض أنّه للفقراء ولهم مال زكاة أو غيرها ، فلا يتعيّن كونها في كسبه .

وكذا لو قلنا : إنّه لله (تعالى شأنه) كانت نفقته على غيره من أموال الله تعالى إن كانت ، وإلّا وجب على بيت المال أو على الناس كفايةً كغيره من المحتاجين .

وبناءً على أنّه للواقف تكون النفقة عليه ، فإن تعذّر كان في بيت المال ، وإلّا وجب على الناس كفايةً ؛ لأنّ المولى هو ـ لا مالك المنفعة ـ فالنفقة عليه .

وكذا نفقة الأجير والموصى بخدمته إن لم يفهم الاشتراط ، أو يكون متعارفاً ينزّل عليه العقد ، وكذا الكلام في مؤونة تجهيزه بعد موته .

وأمّا عمارة العقار مع عدم الشرط : فلا يتعيّن كونها من غلّته ، بل لهم

---

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٢.

(٢) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٢ (الطبعة الحجرية).

بذلها من غيره. نعم، مع عدمه أُخذت عمارته منها؛ لمعلوميّة إرادة بقاء العين، فإذا قصرت لم تجب على أحد، بخلاف الحيوان الذي يجب حفظ حياته لمكان النفس المحترمة، وربّما تسمع في النفقات ما له دخل في المقام.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو صار مقعداً﴾ مثلاً ﴿انعتق عندنا، فتسقط[1]﴾ حينئذٍ ﴿عنه الخدمة وعن مولاه نفقته﴾ لصيرورته حرّاً، فيجري عليه حينئذٍ حكم الأحرار.

وكأنّه لا خلاف في ذلك بيننا[2]، ولولاه لأمكن الإشكال في تأثير نحو هذه الأسباب العتق؛ لنحو ما سمعته في السراية.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: قوّة دليلها على أدلّة الوقف ولو لهذا التسالم، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو جنى العبد الموقوف عمداً لزمه القصاص﴾ بلا خلاف[3]، بل الإجماع بقسميه عليه[4]؛ لعموم أدلّته على وجهٍ لا تصلح أدلّة الوقف

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: وسقطت.

(٢) ذكر هذا الحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩، وتحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٥، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٣ ـ ١٨٤، والحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٣٢.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: (انظرها في الهامش السابق).

(٤) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٣. ←

لمعارضتها.

ج ٢٨ / ٩٧

﴿فإن كانت دون النفس بقي الباقي وقفاً﴾ للأصل ﴿وإن كانت نفساً اقتصّ منه وبطل الوقف﴾ حينئذٍ بانتفاء موضوعه.

﴿وليس للمجنيّ عليه استرقاقه﴾ هنا ـ كما هو ظاهر الأكثر[1] ـ وإن جاز في غيره؛ لما فيه من إبطال الوقف الذي قد عرفت اقتضاء الصحيح منه بقاء العين على حالها حتّى يرثها وارث السماوات والأرض.

لكن في جامع المقاصد[2] والمسالك[3]: «أنّ له ذلك؛ لأولويّته من استحقاق الإبطال بالقتل بعد مطلوبيّة العفو شرعاً، بل فيه جمع بين ذلك وبين حقّ المجني عليه، والتأبيد في الوقف إنّما هو حيث لايطرأ عليه ما ينافيه، وهو موجود هنا في القتل الذي هو أقوى من الاسترقاق».

وهو كما ترى بعد القطع بعدم الأولويّة المزبورة وحرمة القياس عندنا.

والتخيير الثابت للمجني عليه إنّما هو في غير الفرض المتعذّر فيه أحد الفردين؛ لظهور قوّة أدلّة الوقف على ذلك من وجوه بالنسبة إليه،

← وصرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩، والمهذّب: الوقوف / الوقف المشاع ج ٢ ص ٩٤، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٣، وتحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٥.

(١) انظر المصادر الثلاثة الأُولى في الهامش السابق.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٧.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٣.

دون القصاص الذي لامدخليّة له في تغيير[١] الوقف المستفاد منعه من الأدلّة الظاهرة في إرادة نقله عمّا هو عليه بالسبب الاختياري أو القهري، لا نحو ذلك الذي هو من قبيل حدّه بالارتداد ونحوه؛ فلذا[٢] يتعيّن حينئذٍ القصاص دونه.

﴿وإن كانت الجناية خطأً تعلّقت بمال الموقوف عليه﴾ وإن كان ذا كسب ـ كما عن الشيخ[٣] وجماعة[٤] ـ بناءً على الانتقال إليهم ﴿لتعذّر استيفائها[٥] من رقبته﴾ الموقوفة؛ لاقتضاء ذلك بطلان الوقف في الكلّ أو البعض، فيتعيّن عليه الفرد الآخر من التخيير وهو الفداء، كما تعيّن القصاص من الفردين في الأوّل.

﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ[٦] أيضاً: ﴿يتعلّق﴾ المال ﴿بكسبه؛ لأنّ المولى لا يعقل عبداً[٧]، ولا يجوز إهدار الجناية، ولا طريق إلى عتقه فيتوقّع﴾ فيتعيّن ذلك حينئذٍ جمعاً بين الحقّين.

---

(١) في بعض النسخ: تغيّر.

(٢) في بعض النسخ: ولذا.

(٣ و٦) كلا القولين نُقلا عن مبسوط الشيخ، فالأوّل وقع في غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٠، والثاني في إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٤، واختيار المبسوط مطابق للأوّل لأنّه قال: «فمن قال: إنّ الملك ينتقل إليه ـ أي الموقوف عليه ـ فهو في ماله، ومن قال: ينتقل إلى الله فقد قيل ثلاثة أقوال...» وقد سبق أنّ مختاره انتقال المال إلى الموقوف عليه. انظر المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.

(٤) منهم العلّامة في التذكرة: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٣ (الطبعة الحجرية).

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: استيفائه.

(٧) في بعض النسخ: عبده.

﴿وهو﴾ هنا ﴿أشبه﴾ عند المصنّف، وفاقاً للقواعد[١] وغيرها[٢]، بل عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه[٣].

وفيه: أنّ كسبه أحد أموال المولى، فالتأدية منه يقتضي عقل المولى له، ولا دليل على اختصاص هذا المال من أمواله، على أنّه لا يتمّ في غير الكسوب.

ومن هنا قال في المسالك: «يتّجه حينئذٍ تعلّق حقّ الجناية برقبته إذا لم يكن كسوباً، فيجوز بيعه كما يقتل في العمد، بل هو أدنى منه»[٤].

وفيه: أنّ ذلك يقتضي ترجيح أدلّة الجناية على أدلّة الوقف، وحينئذٍ يتّجه تعلّقها من أوّل الأمر برقبته إلّا أن يفديه المولى، كما احتمله الفاضل في المحكي من المختلف[٥]، ولعلّه لا يخلو من قوّة، وإلّا كان المتّجه سقوط حقّ الجناية عن المولى مطلقاً حتّى في كسب العبد الذي هو أحد أمواله؛ لأنّه لا يعقل عبده، فينتظر حينئذٍ انعتاقه القهري أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحرّ المعسر.

↑ ج ٢٨ / ٩٨

وبالجملة: فالمتعيّن في المسألة أحد الاحتمالين، وإن كان الأوّل

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥.

(٢) كإيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٨، وجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٦، ومسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٤.

(٣) بل ظاهرها الإجماع على القول الآخر أعني التعلّق بمال الموقوف عليه، وقد تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) مسالك الأفهام: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣١٧.

أقواهما ، لا التعلّق بمال المولى مطلقاً ، ولاخصوص كسبه فإن لم يكن كسوباً فبرقبته ؛ إذ لا يخفى عليك خروجهما عن قواعد الفقه .

ولا ينافي ذلك : ما ذكرناه في مسألة العمد الذي تعيّن حقّ الجناية ، وعدم بطلان دم المسلم بالقصاص ، بخلافه هنا ، فإنّه مع عدم التعلّق برقبته ـ الذي هو مقتضى دليل الجناية ـ يقتضي بطلان دم المسلم ومرجوحيّة حقّ الجناية بالنسبة إلى حقّ الوقف ، والمعلوم خلافه ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه دقيق نافع ، والله العالم .

هذا كلّه على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم .

أمّا لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى ، ففي القواعد [١] وغيرها [٢] : «تعلّق بكسبه» ، بل في المسالك : «هو كذلك قطعاً» لكن قال متّصلاً بذلك : «ويحتمل تعلّقها بمال الواقف وببيت المال» [٣] ، بل في القواعد : «وكذا إن كان على المساكين أو على المعسر» [٤] أي في التعلّق بالكسب .

ولكن لا يخفى عليك ـ بعد التأمّل فيما ذكرنا ـ أنّه لا فرق بين الجميع فيما سمعته من الاحتمالين وأقواهما .

﴿أمّا لو جُني عليه؛ فإن أوجبت الجناية أرشاً﴾ لكونها خطأً أو كان الجاني حرّاً ﴿فللموجودين من الموقوف عليهم﴾ دون غيرهم ،

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥.

(٢) كجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٥.

(٣) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٤.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

كما في محكيّ التحرير [١] والتبصرة [٢]، واحتمله في القواعد [٣]، وقوّاه في محكيّ المبسوط [٤] والإيضاح [٥]؛ لكونه حينئذٍ شبه المنفعة المختصّة بهم إن لم يكن منها، فلا استحقاق لغيرهم من البطون الذين يتوقّف استحقاقهم على وجودهم ـ المفروض عدمه ـ وعلى وجود العين الموقوفة.

﴿وإن كانت نفساً توجب القصاص فإليهم﴾ بناءً على أنّهم المالكون.

↑ ج ٢٨ / ٩٩

بل ربّما احتمل [٦] ذلك حتّى على القول بكون المالك هو الله (تعالى شأنه) من حيث استحقاقهم المنفعة، ولاحتمال مصالحة القاتل على مال، فيرجع نفعه إليهم طلقاً أو وقفاً.

وإن كان هو كما ترى، بل المتّجه أنّه للحاكم، وإلّا لاقتضى كون ذلك إليهم وإن كان المالك الواقف، ولم أجد من احتمله؛ ضرورة منافاته ما دلّ على كون ذلك للمولى الذي هو مالك الرقبة قطعاً، لا المنفعة.

﴿وإن أوجبت دية أُخذت من الجاني﴾ قطعاً ﴿وهل يقام بها

---

(١) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٦.

(٢) تبصرة المتعلّمين: الهبات / في الوقف ص ١٢٥.

(٣) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦.

(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.

(٥) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٦) احتمله ضعيفاً في مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥.

مقامه؟ قيل: نعم﴾ واختاره في المسالك[١] ﴿لأنّ الدية عوض رقبته، وهي﴾ ليست ﴿ملكـ﴾ـاً تامّاً للموجودين ﴿لـ﴾تعلّق حقّ ﴿البطون﴾ بها ولو بالقوّة القريبة؛ باعتبار حصول سبب الملك ومعدّاته حينئذٍ، فيلحق القيمة حينئذٍ حكم العين، ولا يكون ذلك إلّا بشراء مثلها ووقفها، ولأنّ الوقف تابع لبقاء الماليّة، ولهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيع ما يكون وقفاً، ولأنّ حقّ الوقف أولى من نحو حقّ الرهن الذي يتعلّق بالقيمة.

﴿وقيل[٢]: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم﴾ لعين ما سمعته في الأرش؛ ضرورة أنّها عوض المنافع في الحقيقة، لعدم قيمة للعين مسلوبةً منها، فكأنّ المنافع أجمع وجدت دفعةً، لا تدريجاً كي يستحقّها البطون بتدرّجهم.

﴿وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ﴿لأنّ الوقف﴾ تعلّق بالعين التي فرض تلفها، المقتضي لبطلان الوقف وانقطاع حقّ البطون، و﴿لم يتناول القيمة﴾ وإلّا لاقتضى صيرورتها نفسها وقفاً.

والشراء بها عبداً مماثلاً بالذكورة أو الأُنوثة أو شقصاً فيكون وقفاً ـ أو بصيغة جديدة من الموقوف عليهم، أو من الحاكم الذي هو وليّ البطون، فيتولّى الشراء والوقف مع التمكّن منه أو منصوبه، وإلّا فعدول المؤمنين حسبةً ـ أحكام شرعيّة تحتاج إلى دليل، ولا تكفي فيها البدليّة

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٨٥.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.

المعنويّة وإن سبق إلى الذهن ذلك، لكنّه من الاستحسان الفاسد عندنا مع عدم الدليل المعتبر.

على أنّ وقف العين المشتراة بالقيمة على الموجودين ـ مع فرض كونها ملكهم ـ منافٍ لوجوب إخراج الواقف نفسه عن الوقف، سواء كانوا هم الواقفين أو الحاكم؛ إذ لا نيابة عن الواقف الأصلي الذي قد فرض خروجه عن العين بوقفه.

وأضعف من ذلك: دعوى[1] مساواة الأرش للدية في ذلك كلّه، خصوصاً في أرش الصفة ونحوها.

على أنّه حيث يكون المستحقّ القصاص فالدية عوض عن نفس الجاني ـ المستحقّ إزهاقها ـ لا نفس المجني عليه التي كانت وقفاً، والفرض عدم القول بالفصل، بل هي على كلّ حال من الأبدال الشرعيّة عن النفس؛ بمعنى: ترتّب حكم شرعي بالسبب المزبور، لا البدليّة المقتضية للحوق أحكام المبدل منه.

↑ ج ٢٨ / ١٠٠

بل اللازم على ما ذكروه أنّه مع تعذّر العين المماثلة والشقص يتّجه شراء مال آخر ووقفه.

بل يشكل الحال في أرش ـ مثلاً ـ لا يقابل مالاً تنتفع به البطون، الذي مدار هذه الأحكام على مراعاة حقّهم.

ولعلّ احتمال كون الدية هنا للواقف ـ باعتبار بطلان الوقف

(١) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٦.

الذي من أركانه بقاء العين والانتفاع بـها ، فـيكون مـن قـبيل الوقـف المنقطع ولو بانقطاع بقاء العين ، أو لبيت المال لتزاحم الأمارات فيها ـ أولى ممّا ذكروه .

وكيف كان ، فقد ظهر لك النظر في المباحث المذكورة في المسالك وغيرها[1] ، التي منها :

«هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الدية؟ يبنى على أنّ البطون اللاحقة هل تشارك فيه أم لا؟ فعلى الأوّل ليس لهم العفو ، وعلى الثاني لهم ؛ لانحصار الحقّ فيهم» .

«وعلى تقدير المشاركة ، لو عفا الأوّل فللثاني أن يستوفي ؛ لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وإن لم يثبت بالفعل . مع احـتمال العدم ؛ لتجدّد استحقاقهم بعد سقوط الحقّ بالعفو» .

«وعلى تقدير جواز استيفاء الثـاني ، هـل له القـصاص كـالأوّل لو كانت الجناية توجبه ، أو يختصّ بالدية؟ وجـهان : مـن مسـاواتـه للأوّل في الاستحقاق ، ومن تغليب جانب العفو بـحصوله مـن الأوّل ، والأقوى الأوّل»[2] .

وكأنّه أخذ بعض ذلك ممّا في القواعد من أنّـه «لو جـني عـليه[3]

---

(١) كجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٧ ـ ٧٨ .

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٣) كذا في متن مفتاح الكرامة. وفي نسخة القواعد ومتن إيضاح الفوائد وجامع المقاصد إضافة «عبد» بعدها.

بما يوجب القصاص ، فإن اقتصّ الموقوف عليهم استوفى ، وإن عفا فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء؟ الأقرب ذلك إن لم يكن نفساً»[١].

وفيه : أنّه منافٍ لما ذكروه أجمع[٢] ـ بلا إشكال ولا تردّد ـ من أنّ للموقوف عليهم الموجودين استيفاء القصاص ـ بناءً على انتقال العين إليهم ـ بلا غرامة منهم للبطون اللاحقة ، وعلى تقدير أنّها لله تعالى يتولّاه الحاكم ، أو للواقف يتولّاه هو ، ويحتمل ـ على ضعف ـ الموقوف عليهم فيهما كما تقدّم سابقاً ؛ ضرورة أنّه لا يتّجه استيفاؤهم له مع فرض مشاركة البطون اللاحقة لهم فيه .

كما أنّ المتّجه ـ مع فرض أنّ ذلك لهم ـ جواز عفوهم عنهم ؛ لمعلوميّة تخيير ذي الحقّ بين استيفائه وبين العفو عنه ، وليس للبطون الآتية القصاص حينئذٍ ؛ لعدم حقّ لهم فيه .

↑ ج ٢٨ / ١٠١

وإن لوحظ قاعدة استيفاء حقّ القصاص للمشتركين ـ أنّه إن عفا أحدهم دون الآخر كان له القصاص مع غرامة مايخصّ من عفا من الدية ـ فيتّجه حينئذٍ بناءً على الاشتراك هنا : غرامة من يقتصّ منهم الدية تماماً للآخرين ؛ لعدم معلوميّة التوزيع هنا مع عدم انحصار الموقوف عليهم .

ودعوى أنّ ذلك يوجب عدم الغرامة ، ليس بأولى من دعوى عدم جواز القصاص مع العفو من بعضهم .

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) نقل الإجماع في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٢٦.

كلّ ذلك، مضافاً إلى ما في القواعد: من إشكال الفرق بين الطرف والنفس[(١)]، وإن كان قد يوجّه[(٢)]: باقتضاء الجناية على النفس بطلان الوقف، فلا حقّ حينئذٍ للبطون، بخلاف الأطراف، فإنّ حقّ الوقف باقٍ ببقاء محلّه.

لكنّه كما ترى؛ ضرورة اقتضاء ذلك اختصاص الواقف بالدية في الجناية على النفس خطأً؛ لبطلان الوقف.

بل مقتضاه: أنّ ولاية القصاص له وإن قلنا بالانتقال إليهم؛ لانتفاء ملكهم الوقفي بتلف العين المفروض كونه من مبطلات الوقف، نحو الانقطاع بموت الموقوف عليهم، وفرق واضح بين انتهاء الوقف وبين بطلانه، هذا.

وعن الإيضاح: أنّه حكى قولاً بأنّ البطون يستوفون الدية لتغليب العفو، وقال: «إنّه الأصحّ»[(٣)]، وعن الكركي: أنّ فيه قوّة[(٤)].

وفيه: أنّ العفو مع صحّته ـ على مالٍ أو مطلقاً ـ يقتضي السقوط مطلقاً، وإلّا فلا يؤثّر شيئاً.

وجميع هذه الاحتمالات والتهجّسات نشأت من احتمال بقاء أثر عقد الوقف مع تلف العين بنحو ذلك، فينتقل أثره إلى ما أوجبه الإتلاف

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) ذكر هذا التوجيه في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٠.

(٣) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦.

(٤) المصدر قبل السابق.

المزبور ولو القصاص، إلّا أنّه هو كما ترى.

وإنّما المتّجه: اختصاص الموقوف عليهم ـ بناءً على الانتقال إليهم ـ بذلك قصاصاً أو ديةً أو أرشاً، أو بطلان الوقف ورجوع ذلك إلى الواقف، أو يرجع أمره إلى والي المسلمين لعدم معرفة حاله، ولعلّها مترتّبة بالقوّة والضعف، وإن لم أجد المصرّح بالأخيرين.

ولا يخفى عليك ـ بعد ذلك كلّه ـ الحال فيما لو كان الجاني عبداً واسترقّ كلّه أو بعضه بجنايته، فهل يختصّ به الموجودون أو يكون وقفاً؟ إذ هو على البحث السابق.

وكذا لو اتّفق هو ومولاه على الفداء، فهل يختصّون به أيضاً، أو يشتري به عبداً أو شقصاً أو مالاً آخر يكون وقفاً؟

↑ ج ٢٨ / ١٠٢

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى﴾ جميع ﴿ما يكون وُصلَةً﴾ وطريقاً ﴿إلى الثواب، كالغزاة والحجّ والعمرة وبناء القناطر والمساجد[1]﴾ ونفع المحاويج ... ونحو ذلك ممّا هو طريق إلى ثوابه ورضوانه.

كما هو المعروف بين الأصحاب، بل عن ابني زهرة[2] وإدريس[3]

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: وبناء المساجد والقناطر.

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٨.

(٣) السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.

في بحث الوصيّة: الإجماع عليه. وهو الحجّة.

مضافاً إلى الفهم عرفاً، وإلى الخبر المروي عن تفسير عليّ بن إبراهيم[١]، على ما تقدّم مفصّلاً في كتاب الزكاة[٢].

خلافاً للمحكي عن الشيخ: من اختصاصه بالغزاة المطوّعة ـ دون العسكر المقاتل على باب السلطان ـ وبالحجّ والعمرة[٣] فيقسّم أثلاثاً، وابن حمزة: من اختصاصه بالمجاهدين[٤].

إذ هو ـ كما ترى ـ منافٍ للمفهوم عرفاً ولغةً من ذلك بلا دليل، وإن كان ما ذكروه أقوى في الدلالة، إلّا أنّه لايمنع من تناول غيره ممّا يدخل في مفهومه، وملاحظة معنى الطريق في ذلك لا يقتضي التخصيص المزبور عرفاً، كما هو واضح.

﴿وكذا لو قال: في سبيل الله﴾ تعالى ﴿وسبيل الثواب وسبيل الخير، كان واحداً﴾ بمقتضى الفهم عرفاً ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿ـلا يجب قسمة الفائدة أثلاثاً﴾ أحدها للغزاة والحجّ والعمرة وهو سبيل الله، والثاني للفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب، والثالث لأصناف الزكاة وهو سبيل الخير ـ كما عن الشيخ[٥] ـ لعدم الدليل على

(١) تفسير القمّي: ذيل الآية ٦٠ من سورة التوبة ج ١ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩، تهذيب الأحكام: الزكاة / باب ١٢ أصناف أهل الزكاة ح ٣ ج ٤ ص ٤٩، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب المستحقّين للزكاة ح ٧ ج ٩ ص ٢١١.

(٢) في ج ١٥ ص ٦١٣...

(٣) الخلاف: الوقف / مسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٤٥.

(٤) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١.

(٥) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٤، ولكن ذكر في آخر كلامه أنّه «لو ←

ذلك على وجهٍ يقتضي الخروج عن مفهوم اللفظ لغةً وعرفاً، ودعوى أنّه كذلك فيهما لا يخفى عليك ما فيها.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا كان له موالٍ من أعلى وهم المعتِقون له﴾ أو من انتهى إليه ولاء العتق ﴿وموالٍ من أسفل وهم الذين أعتقهم﴾ ومن انتقل إليه ولاؤهم ﴿ثمّ وقف على مواليه﴾:

﴿فإن علم أنّه أراد أحدهما﴾ بقرينة حال أو مقال ﴿انصرف الوقف إليه﴾ بلا خلاف[1] ولا إشكال، كما إذا لم يكن إلّا أحدهما، بناءً على أنّه قرينة على عدم إرادة غير الموجود، ولو مع الضمّ إلى الموجود.

﴿وإن لم يعلم﴾ ففي المسالك: «رجع إليه في تفسيره؛ لأنّه أعلم بما أراد، فإن تعذّر الرجوع إليه أو قال: إنّه لم يقصد شيئاً بخصوصه، وإنّما وقف على مدلول هذا اللفظ، ففي بطلان الوقف، أو صرفه إليهما، أو أحدهما، أقوال»[2].

↑ ج ٢٨ / ١٠٣

← قيل: إنّ هؤلاء الثلاثة أصناف متداخلة لكان قويّاً» قال في مفتاح الكرامة (ج ٢١ ص ٦٣٠): «فكأنّه متردّد أو قائل بالتداخل».

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٥، وقواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٠، وغاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٤، وجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ١٠٨، والحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٨.

وفيه: أنّه لا وجه لتعيين الرجوع إليه بناءً على أنّ للّفظ ظاهراً ينصرف إليه، كما أنّه لابدّ من التأمّل في تصوّر المسألة هنا حيث يقول: «إنّي لم أقصد شيئاً» مع أنّك قد عرفت فيما سلف[١] الإجماع على اعتبار معلوميّة الموقوف عليه وتمييزه ولو بجهة العموم؛ ضرورة اعتبار قصد إنشاء التمليك للمنفعة أو مع العين إليه منه، خصوصاً في الوقف الخاصّ المحتاج إلى قبول للإنشاء الذي توجّه إليه، على أنّ المشترك اللفظي لامدلول له بالخصوص يحمل عليه من دون قصد.

وعلى كلّ حال فالأمر في ذلك سهل؛ إذ يكفي في تصوّر المسألة الصورة الأُولى، وحكمها عند المصنّف وجماعة[٢]: أنّه إذا كان كذلك ﴿انصرف﴾ الوقف ﴿إليهما﴾ وفاقاً للمشهور كما عن الدروس[٣].

وهو مبنيّ على جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً، أو إذا كان بلفظ الجمع، وأنّه يحمل على إرادة جميع المعاني مع التجرّد عن القرائن مطلقاً، أو إذا كان بلفظ الجمع الذي لايعتبر فيه وفي التثنية اتّفاق المعنى كما صرّح به بعض النحويّين[٤] لأنّه بمثابة العطف بالواو.

خلافاً لجماعة فأبطلوه[٥]، بناءً على عدم جواز استعمال المشترك

---

(١) في ص ٦٠.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٩، وابن إدريس في السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧، والعلّامة في التبصرة: الهبات / في الوقف ص ١٢٤، والشهيد في غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٤.

(٤) كابن مالك في التسهيل: ص ١٢.

(٥) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٠، جامع المقاصد: الوقف / ←

في أكثر من معنى وإن كان بلفظ الجمع ، أو على عدم حمله على الجميع مع التجرّد .

قال في المسالك : «وإن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقةً بطل ؛ لعدم تعيّن مصرفه ، سواء جوّزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا ، أمّا على الأوّل فظاهر ، وأمّا على الثاني فلأنّه حينئذٍ بمنزلة المفرد المشترك ، وحكمه كذلك»[١] . وتبعه عليه غيره[٢] .

قلت : قد حقّقنا في الأُصول جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى واحد لكن على جهة المجاز ، وأنّ المعتبر في الجمع اتّفاق المعنى مع اتّفاق اللفظ ، وأنّه لا يحمل اللفظ المشترك على الجميع مع التجرّد عن القرائن ، بل على معنى واحد منها بخصوصه .

إلّا أنّه ـ مع ذلك كلّه ـ قد يقال بالصحّة في المقام ويستخرج الموقوف عليه بالقرعة بعد فرض اجتماع باقي شرائط الصحّة فيه ؛ إذ إجمال الموقوف عليه في الظاهر لا يقتضي بطلان الوقف ، بل هو كالمشتبه في الأثناء .

↑ ج ٢٨ / ١٠٤

نعم ، لو فرض تجرّد الواقف عن قصد واحد بخصوصه اتّجه البطلان ، ولكنّه خلاف ظاهر الاستعمال خصوصاً في مثل المقام .

وأمّا بناء الصحّة في الفرض على أنّه مشترك معنوي ـ كما عن

→ في الأحكام ج ٩ ص ١٠٩ ، رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٦٦.

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٨٩.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٨٨.

التنقيح[١] ـ فهو منافٍ للمحكي عن نصّ أهل اللغة على الاشتراك اللفظي[٢]، بل وللعرف الآن عندنا، خصوصاً مع عدم صلاحيّة قدر مشترك بينهما يقصده المستعمل.

وكذا ما عن ابن حمزة: من أنّه إن جمع اللفظ حمل عليهما، وإن أفرد حمل على الأعلى بقرينة المكافأة للإحسان[٣].

وأضعف منه ما عن بعض الشافعيّة: من الحمل على المولى من أسفل خاصّة؛ بقرينة كونه محتاجاً، فتتوجّه النفس إلى الوقف عليه لشدّة حاجته، بخلاف الأعلى فإنّه على العكس غالباً[٤]؛ إذ هو ـ كما ترى ـ لا يستأهل ردّاً.

وممّا ذكرنا يعلم لك الحال فيما لو كان الوقف بلفظ المفرد، كما أنّه يظهر لك الحال أيضاً فيما[٥] في جملة من الكلمات هنا، والله العالم.

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا وقف على أولاد أولاده[٦] اشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم وإناثهم﴾ بلا خلاف أجده فيه[٧]، بل الإجماع صريحاً

(١) التنقيح الرائع: كتاب الوقوف ج ٢ ص ٣٢٥.

(٢) شرح الشافية (للرضي): ج ٤ ص ٤٠٣.

(٣) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١.

(٤) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٤٠٣ وج ٥ ص ١٦٦.

(٥) في بعض النسخ بدلها: ما.

(٦) في بعض النسخ: أولاد الأولاد.

(٧) كما في الحدائق الناضرة: الوقف/في اللواحق ج٢٢ ص ٢٤٢، ورياض المسائل: كتاب ←

وظاهراً عليه من غير واحد[١]، بل لعلّه لا إشكال فيه بناءً على تناول اسم «الولد» ـ الذي هو بمعنى المتولّد منه ـ لهما حقيقةً، وإن كان هو محلّ تأمّل في عرفنا الآن، بل لعلّ الظنّ بالعدم.

كما أنّه لا إشكال ولا خلاف[٢] أيضاً في اشتراكهم في ذلك ﴿من غير تفضيل﴾ لأنّه المفهوم عرفاً من إطلاق سبب الاستحقاق المفروض اتّحادهم فيه.

بل الظاهر دخول الخناثى معهم أيضاً كذلك، وإن قلنا: إنّهم طبيعة مستقلّة؛ لصدق اسم الولد بالمعنى المزبور عليها.

نعم، لو كان وقفه على البنين خاصّة قيل: «لم يدخلن كالبنات، وعلى البنات لم يدخلن كالبنين، وعليهما بني دخولهم على عدم خروجهم عن الصنفين في نفس الأمر؛ لقوله: (يهب لمن يشاء إناثاً...)[٣] إلى آخره ـ ولاستخراج أحدهما بالعلامات، ومع فقدها نصف النصيبين ـ وخروجهم على كونهم واسطة؛ لعدم ظهور الآية في الحصر. ولا كلام فيه مع وجود العلامات، كما لا دلالة في نصف النصيبين على ذلك، بل يمكن دلالته على عدمه؛ ضرورة جواز كون

← الوقوف ج ١٠ ص ١٦٨.

(١) كالشيخ في الخلاف: الوقف / مسألة ١٥ ج ٣ ص ٥٤٦ ـ ٥٤٧، وابن زهرة في الغنية: في الوقف ص ٢٩٨، وابن إدريس في السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٧.

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٩.

↑ ج ٢٨ / ١٠٥

نصيبها المتوسّط ، لأنّها متوسّطة الحقيقة»[١].

قلت : قد يقال : إنّ المتّجه القرعة في الأوّل كما في الدروس ، قال : «لأنّها في نفس الأمر من أحد الصنفين»[٢].

قلت : بل لعلّه كذلك وإن قلنا بالواسطة ، فتتّجه القرعة حتّى في الثاني أيضاً ؛ إذ هي غير معلومة.

اللّهمّ إلّا أن يقال : بتشخّصها حينئذٍ بالخروج عنهما بعدم ظهور أمارة أحدهما ، وإلّا فالأُصول متعارضة حتّى أصالة عدم الاستحقاق ، فإنّه معارض بأصالة عدم اختصاص غيرها به أيضاً ، ومنه يظهر قوّة القول بها في الأوّل ، فتأمّل جيّداً.

ثمّ لا يخفى عليك : أنّ المراد هنا بيان اندراج أولاد البنين والبنات في الدرجة الأُولى في أولاد الأولاد ؛ لصدق الولد على الذكر والأُنثى ، لا بيان دخول أولاد أولاد الذكور والإناث من الدرجة الثانية والثالثة . . . وهكذا ، كما احتمله في الرياض وأشكله في أولاد بنات أولاد الواقف بناءً على المشهور : بأنّهم ليسوا بأولاد حقيقةً لأولاده ، بخلاف أولاد أولاده الذكور فإنّهم أولاد أولاد حقيقةً وإن نزلوا إجماعاً[٣].

---

(١) الحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣، رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٦٩، مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٥٢ ـ ٧٥٣ (بتصرّف).

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٦.

(٣) رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٦٨.

إذ هو ـ كما ترى ـ منافٍ لما تسمعه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على أولاده وأولاد أولاده بالبطنين فيما لو قال: أولادي وأولاد أولادي؛ لدعوى الانصراف عرفاً، فلا وجه لاحتمال إرادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح، وعلى كلّ حال فذلك غير ما نحن فيه.

﴿أمّا لو قال: من انتسب إليّ منهم، لم يدخل أولاد البنات﴾ على الأشهر[١]، بل المشهور[٢]، بل يمكن دعوى الإجماع من الجميع؛ فإنّ المرتضى[٣] وابن إدريس[٤] وإن قالا[٥]: إنّه ولد، لكن لا يلزم القول منه بصدق الانتساب المفهوم منه عرفاً خلاف ذلك.

و من هنا قال في محكيّ السرائر في الباب: «إنّما أراد الشاعر بقوله (بنونا بنو أبنائنا...) إلى آخره: الانتساب؛ بمعنى أنّ أولاد البنت لا ينسبون إلى أُمّهم، وإنّما ينسبون إلى أبيهم، وليس كلامنا فيه، بل في الولادة وهي متحقّقة من جهة الأُمّ من غير خلاف، والذكر والأُنثى فيه سواء»[٦]. ونحوه عن الخلاف[٧].

---

(١) كما في الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٦، ومسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٩٢.

(٢) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١١٢ ج ٣ ص ٢١٠.

(٣) رسائل المرتضى (المجموعة الرابعة): مسائل شتّى / مسألة ٥ ص ٣٢٨.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٧.

(٥) في بعض النسخ بعدها إضافة: «فيما لو قال: أولادي وأولاد أولادي».

(٦) الهامش قبل السابق: ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٧) الخلاف: الوقف / مسألة ١٥ ج ٣ ص ٥٤٧ ـ ٥٤٨.

وقد أومأنا نحن سابقاً[١] إلى نحو ذلك، وقلنا: إنّ أولاد البنات وإن كانوا أولاداً حقيقةً إلّا أنّهم لايستحقّون الخمس الذي عنوانه اسم القبيلة، الخاصّ بالذكور ومن يتولّد منهم.

وحينئذٍ فما عن التحرير ـ من «أنّ في دخول أولاد البنات في الفرض نظراً»[٢]، وعن إيضاح النافع: «أنّ الفرق ضعيف»[٣]، وعن الكفاية: «أنّ الأظهر الرجوع إلى العرف»[٤]، بل عن الإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦]: «أنّ الخلاف مع المرتضى وابن إدريس» ـ في غير محلّه.

↑ ج ٢٨ / ١٠٦

﴿ولو وقف على أولاده﴾ أو أولاد فلان وأطلق ولم يكن ثَمَّ قرينة حال أو مقال ﴿انصرف إلى أولاده لصلبه، ولم يدخل معهم أولاد الأولاد﴾ وفاقاً للمشهور[٧].

---

(١) في ص ٩٣.

(٢) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٣.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في اللواحق ج ٢١ ص ٧٦٢.

(٤) كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٧.

(٥) إيضاح الفوائد: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٤٠١.

(٦) جامع المقاصد: الوقف / في اللواحق ج ٩ ص ٩٣.

(٧) نسبه إلى الشهرة في الحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٤٨.

وصرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٦، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧١، وإرشاد الأذهان: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٥، وغاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٦، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

﴿وقيل﴾ كما عن المقنعة[١] والكافي[٢] والنهاية[٣] والمهذّب[٤] والسرائر[٥] وبعض نسخ النافع[٦] واللمعة[٧] والتحرير[٨]: ﴿بل يشترك الجميع﴾ لصدق الولد على الجميع حقيقةً.

﴿و﴾ لاريب في أنّ ﴿الأوّل أظهر؛ لأنّ ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد﴾ وإن قلنا: إنّه حقيقة؛ لمعلوميّة اختلاف أفراد المتواطئ، فلا ينافي الاختصاص بغيره كونه حقيقة؛ ضرورة رجوعه إلى انسياق بعض أفراد المطلق عند الإطلاق.

وربّما يؤيّده قراءة النصب[٩] في قوله تعالى: «ووصّى بها إبراهيم بنيه ويعقوب»[١٠]، واحتمال[١١] كونه لتفخيم شأن يعقوب ـ كما في عطف جبريل على الملائكة في قوله تعالى: «من كان عدوّاً لله...»[١٢] إلى آخره ـ خلاف ظاهر العطف.

---

(١) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.

(٢) الكافي في الفقه: في الصدقة ص ٣٢٦.

(٣) النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٠.

(٤) المهذّب: الوقوف / وقف المفتوحة عنوة ج ٢ ص ٨٩.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٥٧.

(٦) كما في نسخة رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٧) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٥.

(٨) تحرير الأحكام: الوقف / شرائط الموقوف عليه ج ٣ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٩) تفسير الكشّاف: ج ١ ص ١٩١، تفسير ابن كثير: ج ١ ص ١٧٥.

(١٠) سورة البقرة: الآية ١٣٢.

(١١) كما في غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٨، ومسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٩٣.

(١٢) سورة البقرة: الآية ٩٨.

وبذلك يظهر لك : سقوط الإطناب هنا في الاستدلال على كونه ولداً حقيقةً مطلقاً ، أو في خصوص ولد الذكر دون الأُنثى ؛ لما عرفت من أنّ وجه المسألة ما ذكرنا ، اللّهمّ إلّا أن يمنع الانسياق المزبور ، فيتّجه الاستدلال المذكور حينئذٍ .

وقد ذكرنا مختارنا فيه غير مرّة : أنّ ولد الولد ولد حقيقةً من ذكر كان أو اُنثى ، والله العالم .

﴿ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي، اختصّ بالبطنين﴾ دون ما نزل ـ إلّا مع القرينة ـ بناءً على ما عرفت من الانسياق المزبور ، من غير فرق في ذلك بين الذكور والإناث .

﴿ولو قال: على أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء، فالوقف لأولاده﴾ لصلبه خاصّة بناءً على ما عرفت ﴿فإذا انقرضوا قيل﴾ كما عن الشيخ[1] حاكياً له عن بعض : ﴿يصرف إلى أولاد أولاده فإذا انقرضوا فإلى الفقراء﴾ وإلّا لكان ذكرهم لغواً .

وفي الدروس : «أنّه قويّ ؛ إمّا لقرينة الحال ، وإمّا لشمول لفظ الولد للنافلة ، كقول المفيد وجماعة»[2] .

↑ ج ٢٨ / ١٠٧

وكأنّه مال إليه أيضاً في غاية المراد ، قال : «عملاً بالظاهر ، والقرينة المقاليّة تجعل ذلك المجاز وارداً مورد اللفظ ، ولا شكّ أنّ عطف الانقراض على الانقراض مشعر بذلك ، وإلّا لكان الوقف منقطعاً ،

---

(١) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٨.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / المقدّمة ج ٢ ص ٢٦٦ (بتقديم وتأخير).

والوقف شأنه الدوام»[١].

﴿وقيل: لا يصرف إلى أولاد الأولاد؛ لأنّ الوقف لم يتناولهم، لكن يكون انقراضهم شرطاً لصرفه إلى الفقراء﴾ بناءً على صحّة منقطع الوسط.

﴿وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده؛ ضرورة أنّه لا دلالة في اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف، لا مطابقةً ولا تضمّناً ولا التزاماً؛ إذ لا تلازم بين اشتراط انقراضهم وبين كونه وقفاً عليهم، وإلّا لاقتضى اشتراكهم مع الأولاد ـ لا ترتّبهم عليهم ـ والخصم لايقول به، واعتبار الدوام في الوقف لايكون قرينة على ما لا يظهر من اللفظ.

ويكفي في فائدة ذكرهم إرادة الشرطيّة، فلا دلالة في عطفه انقراضهم على انقراض الأولاد على إرادة الدخول، بل لعلّ فيه دلالة على العدم.

نعم، على قول المفيد[٢] ومن تبعه[٣] بشمول إطلاق الأولاد لأولادهم يتّجه دخولهم في الوقف معهم على الشركة ـ لا على الترتيب ـ بمجرّد اللفظ الأوّل، ويكون ذكرهم ثانياً لفائدة بيان وقت استحقاق الفقراء، فيكون في قوّة تقييد إطلاق الأولاد ـ الشامل للبطون المترتّبة أبداً ـ بالبطنين الأوّلين، ويكون ذكرهما قرينة لإرادة

---

(١) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٩.

(٢ و٣) تقدّم ذلك في ص ٢٢٨.

تخصيصهما بالأوّلين ، وإن كان كلّ منهما متناولاً لما بعده أبداً لولا القرينة .

أمّا على المختار ـ من انسياق خصوص أولاد الصلب من إطلاق الأولاد ، وبطلان منقطع الوسط في المراتب المتأخّرة مع فرض تحقّق انقطاعه ـ فالمتّجه البطلان .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى : أنّا نفهم عرفاً أنّ العبارة المزبورة للدخول على الترتيب المذكور ، ولكنّ المتّجه أيضاً على ما ذكرنا اختصاص ذلك بالبطنين .

وقد تقدّم لك البحث سابقاً[1] في مصرف الوقف بناءً على صحّة المنقطع حال الانقطاع بنحو ذلك ، فلا حاجة إلى إعادته بعد معلوميّة فساده لديك بلا مزيد عليه ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا وقف مسجداً﴾ مثلاً ﴿فخرب أو خربت القرية أو المحلّة﴾ التي هو فيها لم تبطل بذلك مسجديّته ؛ للأصل بعد إمكان الانتفاع به ولو فيما يأتي .

وحينئذٍ ﴿لم يعد﴾ بذلك ﴿إلى ملك الواقف، ولا تخرج العرصة عن الوقف﴾ وإن لم يبق من آثاره غيرها ؛ إذ هي العمدة في

↑ ج ٢٨ / ١٠٨

(١) في ص ١٠٣...

المسجديّة، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا[١].

نعم، في المسالك: «هذا كلّه يتمّ في غير المبني في الأرض المفتوحة عنوةً حيث يجوز وقفه تبعاً لآثار التصرّف، فإنّه حينئذٍ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار؛ لزوال المقتضي للاختصاص وخروجه عن الأصل، اللّهمّ إلّا أن تبقى فيه رسوم ولو في أُصول الحيطان بحيث يعدّ ذلك أثراً في الجملة، كما هو الغالب في خراب البناء».

«وحينئذٍ فقول المصنّف: (لا تخرج ...) إلى آخره لا يتمّ إلّا في المملوك بالأصل؛ إذ لم يعتبر في الوقف إلّا العرصة ـ وهي أرض المسجد ـ وإن زالت الآثار أجمع»[٢].

قلت: قد أشرنا في كتاب البيع[٣] إلى خروج ذلك بالسيرة القطعيّة على اتّخاذ المساجد فيها وإجراء حكمها عليها من غير مدخليّة للآثار في ذلك؛ ضرورة اقتضاء المسجديّة الدوام والتأبيد، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديّتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجداً حينئذٍ أولى، وإن كان هو مردوداً بالسيرة القطعيّة بل بالمعلوم من الشرع

---

(١) نفى الخلاف في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٢٩.

وصرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٠، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧، وتحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٦، والدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٨.

(٢) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٩٧.

(٣) انظر ما ذكره في ج ٢٣ ص ٥٦٢.

من جريان أحكام المساجد على مساجد العراق ونحوه، وغيرها من المفتوحة عنوةً.

﴿و﴾ على كلّ حال، فما عن بعض العامّة: من عود المسجد بما عرفت إلى ملك الواقف، قياساً على ما ﴿لو أخذ السيل﴾ مثلاً ﴿ميّتاً فيئس منه كان الكفن للورثة﴾ لجامع تعذّر المصرف في الموضعين[1].

واضح الضعف؛ ضرورة أنّ الكفن الذي هو من التركة قد كان ملكاً لهم بموت الميّت، وإن وجب عليهم صرف ذلك في تكفينه، فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان، كما يعود إلى الزكاة أو إلى الوقف أو إلى باذله إن كان منها.

بل لو قلنا: إنّ مقدار الكفن من التركة على حكم مال الميّت فالحكم كذلك أيضاً؛ لمعلوميّة تقييده بما دام[2] الميّت محتاجاً إليه، وإلّا دخل في الإرث.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا[3] انهدمت الدار﴾ ولم يبق من آثارها شيء ﴿لم تخرج العرصة﴾ بذلك ﴿عن الوقف، ولم يجز بيعها﴾ بلا خلاف أجده بين

---

(١) المبسوط (للسرخسي): ج ١٢ ص ٤٢، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢٢١، حلية العلماء: ج ٦ ص ٣٧ ـ ٣٨، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٢٦، المجموع: ج ١٥ ص ٣٦٢.

(٢) في بعض النسخ بدل «دام»: إذا كان.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: لو.

من تعرّض له ؛ كالفاضل[١] والشهيدين[٢] وغيرهم[٣] ؛ لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأبيد وعلى عدم جواز بيعه ، ولأنّ العرصة من جملة الموقوف وهي باقية .

ج ٢٨ / ١٠٩

بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلّا عن بعض العامّة : فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم يمكن عمارتها ، كالمسجد[٤] .

وفي المسالك : تقييده في غير الأرض الخراجيّة ، على نحو ما سمعته في المسجد[٥] .

قلت : لا ريب في أنّ الحكم كذلك مع فرض وقوع عقد الوقف عليها من حيث نفسها ، وإن قارن ذلك كونها داراً ، فينتفع بها حينئذٍ بزرع ونحوه ممّا تكون قابلة له ؛ إذ لا حصر للانتفاع بها في الداريّة وإن كانت حال الوقف داراً ، إلّا أن يصرّح بالاشتراط .

نعم ، قد يشكل تغييرها اختياراً ، كما نصّ عليه في محكيّ التذكرة ،

---

(١) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٦، قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٧٩، مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٩٨.

(٣) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٠، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٦٨، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١١٥ ج ٣ ص ٢١٣، والسبزواري في الكفاية: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٩.

(٤) حلية العلماء: ج ٦ ص ٣٨، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٢٦.

(٥) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٣٩٨.

قال: «لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته، فلا يجوز جعل الدار الموقوفة بستاناً ولا حمّاماً، ولا بالعكس، ولو تعذّر الاستمرار صار إلى أقرب الأوصاف»[١].

وعن الكاظمعليه‌السلام فيما وقفه: «... لا يحلّ لمؤمن بالله تعالى واليوم الآخر أن يبيعها، ولا يبتاعها، ولا ينحلها، ولا يغيّر شيئاً منها...»[٢] إلى آخره.

اللّهمّ إلّا أن يحمل ذلك منه لبيان الاشتراط منهعليه‌السلام، كما يحمل كلام التذكرة على وقف الدار الملحوظ في وقفها داريّتها.

لكن لا يخفى عليك أنّه لا داعي إلى هذا الحمل؛ لظهور وقف الدار في إرادة الانتفاع بها داراً وهكذا إلّا مع التصريح بعدم قصد ذلك، وهو خارج عن محلّ الفرض.

هذا كلّه مع عدم ملاحظة الداريّة في وقفه، أمّا إذا لاحظ الواقف في وقفه لها حيثيّة كونها داراً، فمتى بطل كونها كذلك ـ بحيث خرجت عن قابليّة ذلك ـ يمكن الحكم ببطلان الوقف حينئذٍ بذهاب موضوعه، بل يمكن التزامه في النخلة الموقوفة الملاحظ في وقفها تسبيل ثمرتها أيضاً إذا سقطت، كما ستسمعه إن شاء الله.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٤٤٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) الكافي: الوصايا / باب صدقات النبيّصلى‌الله‌عليه‌وآله ح ٨ ج ٧ ص ٥٣، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٥٧ ج ٩ ص ١٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ٢٠٢.

ولعلّ مرجعه إلى نظير ما سبق من جواز الوقف في منفعة خاصّة، وربّما يشهد لذلك ما سمعته سابقاً[١] من ثاني الشهيدين ومن تبعه: في أنّ الوقف على مصلحة تنقرض غالباً يكون من الوقف المنقطع الآخر، وهو كذلك.

ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ ذكر الدار مثلاً يقع على وجوه:

أحدها: وقفها ما دامت داراً فانهدمت، والظاهر كونها من منقطع الآخر.

↑ ج ٢٨ / ١١٠

ثانيها: وقفها داراً على معنى أنّه ينتفع بها داراً، والظاهر أنّها وقف كذلك مادامت صالحة لذلك وإن انهدمت، نعم إذا خرجت عن قابليّة ذلك على وجهٍ لا يرجى عودها أمكن القول ببطلان وقفها.

ثالثها: وقف الدار على معنى تسبيل منفعتها كائنة ما كانت وإن قارن كونها داراً حال الوقف، والظاهر بقاء وقفها، بل يجوز تغييرها اختياراً.

رابعها: وقفها داراً وعلم إرادة دوام أصل الوقف منه فاتّفق انهدامها، والظاهر عدم جواز تغييرها اختياراً، لكن إذا انهدمت جاز له الانتفاع بها على غير وجه الداريّة، إلّا مع التصريح، والله العالم.

وقد ذكرنا تفصيل بعض ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع الوقف إذا أدّى بقاؤه إلى خرابه[٢].

﴿و﴾ من ملاحظته يعلم الحال فيما ﴿لو وقع بين الموقوف عليهم

---

(١) في ص ١٠١.

(٢) تقدّم ذلك في ج ٢٣ ص ٥٧٥...

خُلف بحيث يخشى خرابه﴾ وإن قال المصنّف هنا : ﴿جاز بيعه﴾ جازماً به ، إلّا أنّ المسألة شديدة الإشكال والاختلاف ، وقد استقصينا الكلام فيها هناك بحمد الله (تعالى شأنه)[١].

﴿و﴾ كذا فيما ﴿لو لم يقع خلف﴾ بينهم ﴿ولا خُشِي[٢] خرابه، بل كان البيع أنفع لهم﴾ وإن ﴿قيل:﴾ إنّه ﴿يجوز بيعه﴾ حينئذٍ في ذلك ﴿و﴾ لكنّ ﴿الوجه: المنع﴾ كما ذكرنا الكلام فيه مفصّلاً.

﴿و﴾ منه يعلم الحكم أيضاً فيما ﴿لو انقلعت نخلة من الوقف﴾ وإن قال المصنّف هنا : ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ مبسوطه[٣] وخلافه[٤]: ﴿يجوز بيعها لتعذّر الانتفاع إلّا بالبيع، وقيل﴾ والقائل ابن إدريس[٥]: ﴿لايجوز؛ لإمكان الانتفاع بالإجارة للتسقيف وشبهه، وهو أشبه﴾.

وفي المختلف : «أنّ النزاع بينهما لفظي ؛ لأنّ الشيخ فرض عدم الانتفاع إلّا بالبيع ، وابن إدريس فرضه بالتسقيف ونحوه»[٦].

قلت : عبارة الخلاف : «لأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه ؛ لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده»[٧].

---

(١) في تتمّة مسألة تأدية بقاء الوقف إلى خرابه: (انظر الهامش السابق).

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يخشى.

(٣) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٤) الخلاف: الوقف / مسألة ٢٣ ج ٣ ص ٥٥١.

(٥) السرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٧.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣١٦.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً: ص ٥٥٢.

وعبارة المبسوط: «جاز بيعها لأرباب الوقف؛ لأنّه تعذّر الانتفاع بها على الوجه الذي شرطه وهو أخذ ثمرتها»[1].

وظاهرهما بطلان الوقفيّة المقتضية لحبس العين وعدم جواز بيعها بطلان المنفعة التي وقفت العين ـ أي: حبست العين عن النواقل ـ لإرادة استيفائها، فلا يجب حينئذٍ على الموقوف عليه حبسها لغيرها من المنافع وإن كانت صالحة للانتفاع بها مع بقاء عينها، وحينئذٍ يكون الخلاف معنويّاً لا لفظيّاً، وإن زعمه الفاضل في المختلف.

ج ٢٨ / ١١١

بل لعلّ كلام الشيخ لا يخلو من قوّة وإن خالفه من تأخّر عنه[2]، خصوصاً مع ملاحظة الواقف ذلك قيداً في وقفه، كما هو مقتضى تعبير الشيخ بالشرطيّة، وحينئذٍ يرجع إلى ما ذكرناه في البيع وفي المقام من أنّه متى جعل الواقف هيئة الموقوف عنواناً في وقفه فذهبت الهيئة بطلت الوقفيّة المقتضية لتحبيس الأصل، وجاز البيع للموقوف عليهم لا للواقف، كما أوضحناه في كتاب البيع[3].

نعم، لو لم يجعل ذلك عنواناً بل كان مراده الانتفاع بالعين مع بقائها كائنة ما كانت المنفعة، لم يجز البيع حينئذٍ إلّا مع سلب المنافع أجمع وانحصار منفعتها بالإتلاف، كالخشبة للإحراق ونحوه، فتأمّل جيّداً.

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) كالعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٥، وولده في الإيضاح: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٧٢، والشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٠.

(٣) في ج ٢٣ ص ٥٧٦...

ولا ينافي ذلك ـ ولا ما تقدّم من مسألة المسجد والدار ـ ما تـقدّم سابقاً[١] من صرف الوقف على مصلحة ـ فبطل رسمها ـ في وجوه البرّ بعد ما عرفت أنّ مرادهم ذلك في الوقف المؤبّد الذي ذكـر له مـصرفاً خاصّاً فاتّفق تعذّره، المنزّل على أنّه يصرف له مادام مـمكناً ليـجامع تأبيد وقفه، كما أوضحناه فيما تقدّم، هذا.

وفي القواعد: «ولو شرط بيعه عند التضرّر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حدّ الانتفاع، أو قلعه[٢]، أو قلّة نفعه، ففي صحّة هذا الشرط إشكال»[٣].

بل عن الإرشاد: «الوجه الجواز»[٤]، ونفى عنه البأس في مـحكيّ الروض[٥]، قيل: «وكأنّه مـال إليـه أو قـال بـه الشـارحـان له ـ ولده والشهيد ـ بل وثاني المحقّقين، وفي الحواشي: أنّه الأقوى»[٦].

ولعلّه لعموم: «الوقوف...»[٧] و«المؤمنون...»[٨] وما عساه يظهر من إذن أمير المؤمنين عليه السلام للحسن عليه السلام في صدقته بذلك[٩].

↑ ج ٢٨ / ١١٢

---

(١) في ص ١٠٠.

(٢) «أو قلعه» ليست في المصدر.

(٣) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٥.

(٤) إرشاد الأذهان: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٥.

(٥) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٠٧.

(٦) المصدر السابق.

(٧) تقدّم في ص ١٧.

(٨) تقدّم في ص ١٨٢.

(٩) الكافي: الوصايا/باب صدقات النبيّ صلى الله عليه وآله ح ٧ ج ٧ ص ٤٩، تهذيب الأحكام: الوقوف / ←

وربّما يرجع ذلك كلّه أو بعضه إلى نحو ما قرّرناه في شرط عوده إليه عند الحاجة، كما أنّه لا ينبغي الإشكال في جواز اشتراط بعض ذلك بناءً على جواز بيعه منه من دون شرط، فضلاً عنه معه.

نعم، بناءً على منافاة هذا الشرط لعقد الوقف ـ في الجميع كما عن الإيضاح [١]، أو في البعض ـ وجه المنع واضح.

لكن قد عرفت فيما تقدّم سابقاً من المباحث إمكان كونه على وجهٍ لا ينافي مقتضاه؛ إذ المسلّم منه: عدم جواز بيعه وهو وقف، لا عدم جواز بيعه بعد خروجه عنه، ويمكن عود الشرط في جميعها أو في بعضها إلى ذلك، كما أومأنا إليه في اشتراط العود عند الحاجة.

فلاحظ وتأمّل؛ كي تعرف ـ بقرينة ما سمعته في الدية وقيمة العين الموقوفة: من اختصاص البطن الأوّل بها، كالقيمة عند سلب المنافع منها ـ من أنّ معنى الوقف تمليك العين محبوسة على المالك عن النواقل ما دامت قابلة، ومتى خرجت عن الانتفاع تكون ملكاً مطلقاً من دون حبس.

وكذا لو شرط الواقف ذلك معلّقاً له على حال من الأحوال السابقة أو يشترط [٢] شراء غيرها بثمنها [٣] على أن تكون وقفاً، ولا يقدح ملك

← باب ٣ الوقوف ح ٥٥ ج ٩ ص ١٤٦، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ٢٠٢.

(١) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٣.

(٢) في بعض النسخ بدل «أو يشترط»: مشترطاً.

(٣) في بعض النسخ بدلها: بها.

البطن في صحّة الوقف عليهم ؛ إذ المسلّم منه غير هذا النوع من الملك .

ولعلّ هذا غير الانقطاع في الملك الذي ذكرنا عوده إلى الواقف ؛ ضرورة كون الفرض تقييداً في الحبس لا في الملك .

ولكنّ الإنصاف عدم خلوّ ذلك عن التأمّل ، وإن كان يشهد له بعض كلماتهم ، فلاحظ وتأمّل .

وكذا في القواعد : «ولو خلق حُصُر المسجد وخرجت عن الانتفاع به فيه ، أو انكسر جذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق ، فالأقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد»[1] ، كما عن التذكرة[2] والإيضاح[3] وجامع المقاصد[4] والدروس[5] التصريح به .

نعم ، زاد في الأخير : اشتراط أن لا ينتفع به في غيره أيضاً ، كما أنّه في الثلاثة التصريح بصرف ثمنه في بدله من حصير وجذع ، فإن تعذّر صرف في مصالح المسجد ؛ اعتباراً لما يقرب من مراد الواقف .

↑ ج ۲۸ / ۱۱۳

وفي محكيّ التذكرة أيضاً : أنّه لا خلاف بين العامّة في جواز بيع ما اشتري من الوقف أو قبل المتولّي هبته عند الحاجة[6] .

وفي جامع المقاصد : أنّه لا يخلو من قوّة ، فإذا بيع صرف في

---

(۱) قواعد الأحكام: الوقف / في اللواحق ج ۲ ص ٤٠١.

(۲) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ۲ ص ٤٤٣ (الطبعة الحجرية).

(۳) إيضاح الفوائد: الوقف / في اللواحق ج ۲ ص ٤٠٧.

(٤) جامع المقاصد: الوقف / في اللواحق ج ۹ ص ١١٦.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ۱۷۱ ج ۲ ص ۲۷۹ ـ ۲۸۰.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ۲ ص ٤٤٥ (الطبعة الحجرية).

مصالح المسجد من غير تعيين شراء مثله[١].

ولا يخفى عليك التحقيق في ذلك كلّه ـ وفي شراء عين بثمن الموقوف عوضه مساوية له أو غير مساوية، أو تكون طلقاً لهم ـ بعد الإحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع[٢]، وبما ذكرناه في كتاب الوقف في مسألة «ما لو أتلف العين الموقوفة متلف»[٣] وغيرها من المسائل، فلاحظ وتأمّل.

ولكن لا ينبغي ترك ما أمكن من الاحتياط في كثير من هذه المسائل؛ لأنّها غير منقّحة.

نعم، لا ينبغي التأمّل في صرف حاصل الوقف في وجوه البرّ مع الجهل بأربابه، وإن توقّف فيها ـ أو في نحوها ـ الخراساني في كفايته[٤].

لكنّه في غير محلّه؛ ضرورة أنّه من مجهول المالك، مضافاً إلى خبر أبي علي بن راشد: «اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلمّا وفّرت المال خبّرت أنّ الأرض وقف؟ فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّة في ملكك، ادفعها إلى من أُوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربّاً، قال: تصدّق بغلّتها»[٥]. وهو صريح فيما ذكرنا.

---

(١) جامع المقاصد: الوقف / في اللواحق ج ٩ ص ١١٧.

(٢) في ج ٢٣ ص ٥٧٦.

(٣) في ص ٢١١ ...

(٤) كفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ١٨ ـ ١٩.

(٥) من لا يحضره الفقيه: الوصايا / باب الوقف والصدقة ح ٥٥٧٦ ج ٤ ص ٢٤٢. ←

بل منه يعلم الحال في نسيان المصرف ونحوه ؛ فإنّ الجميع من وادٍ واحد .

نعم ، لو علم الموقوف عليه ولم يعلم سهامهم ولا ترتيبهم ولا عدمه ـ ولو لتلف ما رسمه الواقف ـ فالظاهر تساويهم في القسمة الذي هو الأصل في نظائره . خلافاً لبعض الشافعيّة : فيوقف إلى أن يصطلحوا ، وكذا لو اختلفوا في شرط الواقف ولا بيّنة يقسّم بينهم بالسويّة [١] .

نعم ، لو علم تفضيل بعضهم على بعض ولم يعرف المفضّل احتمل الوقف حتّى يصطلحوا ، والأقوى القرعة .

وعن التذكرة: «أنّه لا بعد في الرجوع إلى قول الواقف لو كان حيّاً ؛ لأنّه هو المتصدّق» [٢] .

وفيه : أنّه لا رجوع إليه بناءً على خروجه عن الوقف ؛ إذ هو حينئذٍ كالأجنبي وكالبائع الذي لا يرجع إليه عند اختلاف المشتريين منه .

المسألة ﴿التاسعة﴾

↑ ج ٢٨ / ١١٤

﴿إذا آجر البطن الأوّل الوقف مدّة﴾ معيّنة مثلاً ﴿ثمّ انقرضوا﴾ أجمع ﴿في أثنائها؛ فإن قلنا:﴾ إنّ ﴿الموت يبطل الإجارة﴾ في

← تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٣ ج ٩ ص ١٣٠، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٨٥ .

(١) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٤١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤٢ (الطبعة الحجرية).

الملك المطلق ﴿فلا كلام﴾ ضرورة أولويّة المقام منه.

﴿وإن لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردّد﴾: من إطلاق ما دلّ على صحّة الإجارة ولزومها عموماً وخصوصاً، ومن انكشاف دخول غير ما لهم من المدّة في مدّتهم.

﴿أظهره البطلان﴾ كما في الخلاف[١] والمبسوط[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] والإيضاح[٧] واللمعة[٨] وجامع المقاصد[٩] والروض[١٠] والروضة[١١] والمسالك[١٢]، بل لا أجد فيه خلافاً.

﴿لأنّا بيّنّا أنّ هذه المدّة ليست للمؤجرين[١٣]﴾ ضرورة اقتضاء الوقف تسبيل المنفعة للموقوف عليه مدّة العنوان الذي يجعله الواقف لا أزيد، والبطن الثاني يتلقّى عن الواقف كالأوّل؛ ولذا لا تمضي إجارته

---

(١) الخلاف: الوقف / مسألة ٢٤ ج ٣ ص ٥٥٢.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٤٤٧ (الطبعة الحجرية).

(٤) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٨.

(٥) إرشاد الأذهان: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٥.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨٠.

(٧) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٧.

(٨) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٥.

(٩) جامع المقاصد: الإجارة/في الماهيّة ج٧ ص٨٥، والوقف/في الأحكام ج٩ ص٨٢ـ٨٣.

(١٠) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٣٢.

(١١) الروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٨.

(١٢) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠١.

(١٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: للموجودين.

مدّة يعلم بالعادة زيادتها على حياته مثلاً.

بل قد يتوقّف في صحّة غير ذلك لو صرّح الواقف بإرادة تمليك البطن الأوّل على حسب الملك المطلق، بناءً على عدم مشروعيّة عقد الوقف لمثل هذا التمليك، وإن كان لا يخلو من نظر.

لكن لا إشكال في حمل قصد الواقف مع الإطلاق على ما ذكرنا، وحينئذٍ فإجارته في الفرض وقعت على ما له وما ليس له، بخلاف المالك الذي هو مسلّط على أمواله، والوارث إنّما يرث ما يجده على ملكه، فمع فرض زيادة مدّة الإجارة على موته لم يكن للوارث شيء؛ إذ المنفعة ملك للغير بعقد الإجارة، وليست من تركة الميّت.

وحينئذٍ ﴿فيكون﴾ في الفرض ﴿للبطن الثاني الخيار بين الإجازة في الباقي وبين الفسخ فيه﴾ لأنّه من الفضولي، وهو المراد من البطلان المزبور.

وإن كان قد يشكل أوّلاً: بعدم المجيز له في الحال بناءً على اشتراط ذلك في الفضولي وفرض عدمه، اللّهمّ إلّا أن يجعل الناظر الولي على ذلك، إلّا أنّه كما ترى.

وثانياً: بعدم الملك والمالك حال العقد، ومجرّد تأهّل العقد لملكهم لو وجدوا لا يجعله من الفضولي.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: تناول أدلّته لمثله، وتكون الإجازة حينئذٍ كاشفة حال انقراض البطن الأوّل، لا حال وقوع العقد. وفيه بحث.

ولعلّه لذا حكي عن جماعة البطلان الذي لا يترتّب عليه أثر بالنسبة

ج ٢٨ / ١١٥

إليهم[١]، لا بالمعنى الذي سمعته من المصنّف.

وعلى كلّ حال، فمع الفسخ ﴿و﴾ تسليمهم الأُجرة ﴿يرجع المستأجر على تركة الأوّلين بما قابل المتخلّف﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال، فينسب حينئذٍ أُجرة مثله إلى أُجرة مثل مجموع المدّة، ويرجع من المسمّى بمثل تلك النسبة.

فلو كان قد آجره سنة بمائة، ومات بعد انقضاء نصفها، وفرضنا أنّ أُجرة مثل النصف المتخلّف تساوي ستّين، وأُجرة مثل النصف الماضي تساوي ثلاثين، رجع المستأجر بثلثي المائة، كما هو واضح.

فمن الغريب وسوسة بعض متأخّري المتأخّرين[٣] في ذلك؛ حتّى تجرّأ بعض من تأخّر عنه إلى الجزم بجواز إجارة البطن الأوّل مدّة تستغرق عمر الموقوف عليه، معلّلاً له: بأنّ المنفعة ملكهم ملكاً مطلقاً، والناس مسلّطون على أموالهم. وهو كما ترى.

نعم، لو كان المؤجر الناظر على الوقف لمصلحة الوقف اتّجه ذلك؛ لأنّ له الولاية المقتضية لنفوذ تصرّفه في ذلك مع وجودهم، فضلاً عمّا قبله.

---

(١) كالشيخ في الخلاف: الوقف / مسألة ٢٤ ج ٣ ص ٥٥٢، والفخر في الإيضاح: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٧.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠١، وقواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦، واللمعة الدمشقيّة: كتاب الوقف ص ١٠٥، والروضة البهيّة: كتاب الوقف ج ٣ ص ١٨٨، وكفاية الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٢٢.

(٣) كالبحراني في الحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٥٧.

والأُجرة يملكها الموجودون حينئذٍ، وإن كانت هي عوضاً عن منافع المدّة المتأخّرة عن حياتهم، إلّا أنّها ـ بعد فرض المشروعيّة لهذه الإجارة بالإجماع وظاهر بعض النصوص[1] الدالّة على جواز اشتراط الناظر وصيرورته وليّاً للمال نفسه، وأنّ له هذه الولاية ـ تكون حينئذٍ بمنزلة وجود المنافع المتأخّرة في حياتهم إلّا أنّها محبوسة أيضاً لا يجوز لهم صرفها في غير التعمير ونحوه ممّا ترجع مصلحته للبطون أيضاً، ولو سلّم عدم الجزم بذلك كان الحكم بالصحّة كافياً في حصول المطلوب وإن لم نجزم حينئذٍ بتعيّن مالك ما زاد عن المنافع على حياة الموجودين، والله العالم.

ولو آجر المتولّي بأُجرة المثل في الحال فاتّفق زيادة لم تنفسخ الإجارة؛ لأصالة لزومها بعد وقوعها على الوجه المعتبر شرعاً فلا خيار له. نعم، لو آجر زيادة على المدّة التي اشترطها الواقف بطلت الإجارة في الزائد خاصّة؛ لأنّه من تبعّض الصفقة، بل قد يحتمل البطلان بالجميع؛ لأنّه عقد مخالف لشرط الواقف. إلّا أنّ الأوّل هو الأقوى.

المسألة ﴿العاشرة﴾

﴿لو[2] وقف على الفقراء﴾ مثلاً ﴿انصرف إلى﴾ إرادة صرف نمائه في ذي الوصف منهم، لا استيفائهم؛ ضرورة كون المراد من مثل هذا

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٣ ج ١٩ ص ١٩٩.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: إذا.

الوقف ـ باعتبار عدم انحصارهم ـ الجهة المخصوصة، وحينئذٍ فله صرفه في ﴿فقراء البلد ومن يحضره﴾ من غيرهم[١]، ولا يجب عليه تتبّع الجميع بلا خلاف أجده فيه[٢].

ج ٢٨ / ١١٦

﴿وكذا لو وقف على العلويّين، وكذا لو وقف على بني أب منتشرين صرف إلى الموجودين، ولا يجب تتبّع من لم يحضر﴾ فإنّ الجميع من وادٍ واحد في عدم إرادة الاستيعاب.

وفي خبر علي بن محمّد بن سليمان النوفلي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: «كتبت إليه أسأله عن أرض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان، وهم كثير متفرّقون في البلاد؟ فأجاب عليه السلام: ذكرت الأرض التي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان، هي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبّع من كان غائباً»[٣].

لكنّ كلمات الأصحاب هنا لا تخلو من تشويش؛ إذ ظاهر المتن وغيره ممّن عبّر كعبارته[٤] وجوب استيعاب فقراء البلد ومن يحضره

(١) في بعض النسخ: من فقراء غيرها.

(٢) نفى الخلاف في رياض المسائل: كتاب الوقوف ج ١٠ ص ١٦٩.

وصرّح بالحكم في النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٦، والمهذّب: الوقوف / تقسيم الوقف ج ٢ ص ٩١، والوسيلة: الوقوف / بيان الوقف ص ٣٧١، والسرائر: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ١٦٥، وجامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٣.

(٣) تقدّم في ص ١٠٧.

(٤) انظر الهامش قبل السابق.

من غيرها، بل لعلّه ظاهر الخبر المزبور، بل هو صريح المحكي عن شرح الإرشاد للفخر، قال:

«إذا وقف على الفقراء صحّ إجماعاً، ولم يكن لبيان المصرف إجماعاً، بل كان تشريكاً، وصرفه للكلّ متعذّر لانتشارهم، وللزوم خروج نصيب كلّ واحد منهم عن الانتفاع والتملّك، وصرفه للبعض ترجيح من غير مرجّح».

«فلابدّ من أن يقال: إنّه يصرف إلى كلّ فقراء البلد ومن حضر في البلد من غيرهم، ويجب الاستيعاب مهما أمكن، فهذا الوقف يشابه بيان المصرف من جهة الاقتصار على البعض، والتشريك من جهة أنّه لايجوز الاقتصار مع المكنة»[1].

وفي الدروس: «يفرّق في فقراء بلد الوقف ومن حضره، ولا يجب تتبّع الغائب، ولو تتبّعه جاز ولا ضمان في الأقرب، بخلاف الزكاة، والفرق: أنّ الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف. ولا يجزي أقلّ من ثلاثة مراعاةً لأقلّ الجمع، ولا يجب التسوية بخلاف المنحصرين»[2].

إلى غير ذلك من عباراتهم الظاهرة والصريحة، إلّا أنّ ما في أيدينا من العرف في أمثال ذلك على خلافه، وأنّه لا فرق بينه وبين الزكاة والخمس.

---

(١) شرح الإرشاد: الوقف / في الأحكام ص ٦٨ (مخطوط).

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧٠ ج ٢ ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

وحينئذٍ فلا فرق بين الواحد والأزيد من أهل البلد وغيرهم والحاضرين وغيرهم، ولا مدخليّة لأقلّ الجمع وكونه ثلاثة واثنين، بل يمكن إرادة ذلك من الخبر المساق لبيان عدم وجوب التتبّع، وإن كان مشتملاً على النهي، إلّا أنّه في مقام توهّم الوجوب، وإلّا لاقتضى عدم جواز الدفع إلى غيرهم، وهو باطل إجماعاً كما اعترف به بعضهم[1]، بل الظاهر أنّ المراد من قوله فيه: «لمن حضر» بيان كونهم مصرفاً لذلك وإن كان لا يجب استيعابهم أيضاً ﴿لموضع المشقّة﴾ وغيره، وحينئذٍ فالمتّجه الضمان مع التأخير بعد أن كان مقتضاه المصرفيّة ووجود المستحقّ؛ ضرورة كونه كالزكاة بالنسبة إلى ذلك.

↑ ج ٢٨ / ١١٧

﴿ولا يجوز للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة﴾ وإن انحصر في واحد وقلنا بانتقال الملك إليه، بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له[2]، بل قيل: «قد يظهر من المبسوط والتذكرة أنّه لا خلاف فيه من الخاصّة والعامّة»[3].

إلّا أنّ ما ذكروه من الدليل له لا يخلو من إشكال ﴿لـ﴾أنّ المصنّف

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٣.

(٢) كابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٢، والعلّامة في الإرشاد: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٤، والشهيد الأوّل في الدروس: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨٠، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٣، والشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٣.

(٣) مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٣٥.

وجماعة[١] علّلوه: بـ ﴿أنّه لايختصّ بملكها﴾ وغيره[٢]: بأنّه وإن كان مالكاً إلّا أنّ للبطون اللاحقة له حقّاً، ووطؤه وإن كان انتفاعاً في زمن ملكه، إلّا أنّه يغاير غيره من وجوه الانتفاعات من حيث إنّه معرض للحمل الموجب لصيرورتها أُمّ ولد المانعة[٣] من دوام وقفها على البطون؛ لانعتاقها بموته.

وهما معاً كما ترى؛ إذ هما ـ مع أنّهما غير تامّين في المنقطع المختصّ به، وفي اليائسة ونحوها المعلوم عدم ولادتها ـ قد يناقش في الأوّل منهما: بمنع عدم الاختصاص الآن وإن تأهّل العقد لملك البطن الثاني، إلّا أنّه ليس ملكاً فعلاً حتّى يترتّب عليه الاشتراك ونحوه، خصوصاً مع فرض كونه معدوماً.

ومنه يعلم وجه المناقشة في الثاني الذي لايتمّ على القول بعدم صيرورتها أُمّ ولد بذلك أيضاً.

على أنّ مجرّد تعريضها لذلك لايمنع الموقوف عليه من الانتفاع الحاصل له بسبب عقد الوقف، فالعمدة حينئذٍ الإجماع إن تمّ.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿لو أولدها كان الولد حرّاً﴾ لأنّ وطأه غير معدود من زنا؛ لأنّه مالك في الجملة ﴿ولا﴾ يجب ﴿قيمته﴾ ﴿عليه﴾ لمن بعده من البطون ﴿لأنّه﴾ المستحقّ له الآن؛ إذ الولد بمنزلة

---

(١) كالشهيد في الدروس: (انظره في الهامش قبل السابق)، والبحراني في الحدائق: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٥٨.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٣.

(٣) في بعض النسخ: المانع.

↑ كسبها وثمرة البستان، وحينئذٍ فـ﴿لا يجب له على نفسه غرم﴾ وكذا لا مهر عليه للبطون الآتية. ج ٢٨ / ١١٨

نعم، لو قلنا: إنّ ولد الموقوفة وقف أيضاً، ففي المسالك: «يجب أن يشتري بقيمته عند سقوطه حيّاً ما يكون وقفاً»[١]. وفيه نظر.

ولا يجب عليه الحدّ؛ لما عرفت من عدم كونه زانياً وإن أثم كالوطء في الحيض، ولكن عليه التعزير مع العلم.

بل عن التذكرة: نفي الحدّ عليه أيضاً على القول بانتقال الملك إلى غيره[٢]؛ لأنّها مسألة اجتهاديّة لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهة عن الجانب المخالف، وهو كافٍ في درء الحدّ. ونفى عنه البأس في المسالك[٣]، وإن كان فيه ما لا يخفى.

هذا كلّه إذا لم يكن له شريك بأن انحصر أهل طبقته فيه، وإلّا وجب عليه قيمة حصّة الشريك، بل في المسالك: «وفي حدّه بنسبة حصّته وجه قويّ؛ لأنّ ملكها مشترك بينهما على حدّ سواء، ووطء الأمة المشتركة يوجب ذلك، ولكن لم يتعرّضوا له هنا»[٤].

قلت: قد يناقش فيه بعدم صدق اسم الزاني عليه أيضاً، ولا أقلّ من الشبهة التي تدرأ الحدّ أيضاً، وقد مرّ تمام الكلام في ذلك في البيع فيما

(١) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤١ (الطبعة الحجرية).

(٣) المصدر قبل السابق: ص ٤٠٤.

(٤) المصدر السابق.

لو وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة[١].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هل تصير﴾ الأمة في الفرض ﴿أُمّ ولد؟ قيل: نعم﴾ كما عن المبسوط[٢] والتذكرة[٣] وشرح الإرشاد للفخر[٤] والإيضاح[٥] وحواشي الشهيد[٦]، بل عن غاية المراد: نسبته إلى الأصحاب[٧]؛ لتحقّق علوقها منه في ملكه، وهو السبب في صيرورتها أُمّ ولد بالنصّ والإجماع على ما في المسالك[٨].

﴿و﴾ حينئذٍ ﴿تنعتق بموته﴾ كغيرها من أُمّهات الأولاد ﴿وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون﴾.

﴿وفيه تردّد﴾ بل منع، وفاقاً لثاني المحقّقين[٩] والشهيدين[١٠]؛ لمنع سببيّة مطلق ذلك على وجهٍ يشمل الفرض، الذي قد عرفت ظهور الأدلّة في عدم تغيّره بالأسباب الاختياريّة والقهريّة، مضافاً إلى خصوص استصحاب بقاء حكمه ولزومه ودوامه، المقدّم على عموم

(١) تقدّم ذلك في ج ٢٥ ص ٤٨٠...

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤١ (الطبعة الحجرية).

(٤) شرح الإرشاد: الوقف / في الأحكام ص ٦٨ (مخطوط).

(٥) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٨.

(٦) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٣٦.

(٧) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٨.

(٨) مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٤.

(٩) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٦.

(١٠) المصدر قبل السابق: ص ٤٠٦.

الاستيلاد، أو السالم عن معارضته بعد معارضته بعمومات الوقف، وخصوصاً بناءً على عدم اقتضاء الملك الوقفي الانعتاق؛ ولذا صحّ وقف من ينعتق على الموقوف عليه عند بعض[1].

ج ٢٨ / ١١٩

ثمّ على تقدير صيرورتها أُمّ ولد فلا خلاف أجده في ترتّب الحكمين المزبورين حينئذٍ، بل عن التذكرة[2] والإيضاح[3]: الاتّفاق على ذلك.

بل عن المبسوط: «إنّ الناس متسالمون على أخذ قيمتها من تركته، وإنّما اختلفوا في ماذا يعمل بها؟ فمن قال: إنّ الموقوف عليه إذا أتلف اشتري بقيمته آخر قال هنا: يشترى بها أُخرى تقوم مقامها، ومن قال: تنتقل إليه قال: أُعطي من يليه من البطون تلك القيمة، كما إذا وجبت القيمة وهو حيّ»[4].

وحاصل مراده: أنّ الإتلاف منه على من بعده إنّما هو بعد موته الذي هو سبب في انعتاقها المترتّب عليه رتبةً كغيره من المسبّبات، وهو في ذلك الحال غير مالك، وإنّما هو زمان ملك البطن المتأخّر، فلا تكون القيمة له.

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٤، والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في أركانه ج ٩ ص ٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٤١ (الطبعة الحجرية).

(٣) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٨.

(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩١ (بتصرّف منشؤه نقل المطلب من مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٣٨).

نعم، يجري فيها الاحتمالان اللذان سمعتهما في قيمة العين الموقوفة والموقوف عليه موجود، ولعلّ هذا هو الوجه في استشكال الفاضل في القواعد، قال: «ومعه تنعتق بموته، وتؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على إشكال»[1]، بل وتردُّد المصنّف بناءً على رجوعه إلى ذلك، لا إلى صيرورتها أُمّ ولد.

واعترضهم الشهيد في شرح الإرشاد بـ«أنّها إذا صارت أُمّ ولد حكم بنفوذ الاستيلاد في الحال، كما في صورة ما إذا وطئ أحد الشريكين وعلقت».

إلى أن قال: «ولعلّهم أرادوا ذلك، إلّا أنّه لمّا كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون، وهو الآن غير مالك، تأخّر الدفع إلى بعد الموت، ولا يلزم منه تأخّر الحكم بنفوذ الاستيلاد»[2].

وفيه أوّلاً: أنّ الفرق بين المقام وبين وطء الشريكين واضح؛ ضرورة حيلولته بين المالك وبين التصرّف في ملكه بمجرّد الاستيلاد، بل بالإحبال، فتتوجّه له القيمة عليه، كما تطابقت عليه النصوص والفتاوى هناك، بخلاف المقام الذي لا حيلولة فيه بين العين الموقوفة وبين البطن اللاحق؛ لعدم استحقاقه، ولأنّ الوقف كان هو السبب في المنع من التصرّفات الناقلة، فلا وجه لترتّب الضمان عليه هنا بمجرّد الاستيلاد.

---

(١) قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٧.

وثانياً: أنّه منافٍ لتصريح بعضهم بانعتاقها من نصيب ولدها[١]؛ إذ على تقدير أنّها من وطء أحد الشريكين ينبغي أخذ القيمة منه، لا من نصيب ولدها.

ومنافٍ أيضاً لصريح المحكي عن المبسوط[٢] والتذكرة[٣]، بل وكلامه نفسه في الحواشي[٤]، بل ولظاهر المتن وغيره[٥]، بل للإجماع المحكي[٦] على أخذ قيمتها من تركته على كلّ حال.

↑ ج ٢٨ / ١٢٠

بل ولما سمعته من عبارة الفاضل؛ لأنّه على هذا التقدير لا تختصّ القيمة بمن يليه من البطون قطعاً، فلا يتّجه الإشكال المذكور؛ لأنّ احتمال اختصاص البطن الذي يليه بها إنّما يتّجه إذا كان الإتلاف واقعاً حين اختصاصهم بالوقف، ولا يتحقّق إلّا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت.

أمّا إذا حكمنا بنفوذه قبله فإنّ الاختصاص بالوقف ثابت للواطئ حينئذٍ، فإيجاب القيمة عليه حينئذٍ على هذا التقدير إنّما هو لتعلّق حقوق الموقوف عليهم جميعاً، فكيف يحتمل اختصاص البطن الذي

---

(١) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٦، مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٦.

(٢ و٣) تقدّم تخريجهما آنفاً.

(٤) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الوقف / في الأحكام ج ٢١ ص ٧٣٩.

(٥) كإرشاد الأذهان: الوقف / في الأحكام ج ١ ص ٤٥٤، وتحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٧.

(٦) تقدّم نقله عن التذكرة والإيضاح آنفاً.

يليه بالقيمة ليكون فيه إشكال؟!

واحتمال[١]: أنّ المراد بقولهم: «إنّ القيمة لمن يليه» شراء جارية تكون وقفاً لهم ـ لا اختصاصهم بذلك طلقاً ـ يأباه صريح المحكي عن المبسوط[٢] والتذكرة[٣] وظاهر غيرهما[٤]، هذا.

مع أنّ الاستيلاد إنّما يترتّب عليه العتق الموجب للإتلاف بعد الموت؛ ضرورة أنّ الولد إذا مات قبل أبيه لم يتحقّق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد تمامه ولزومه.

ودعوى[٥]: أنّ ذلك كاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه، ليس بأولى من دعوى عدم تماميّة السبب قبله، وليس في النصوص[٦] إلّا الانعتاق من نصيب الولد.

ومسألة وطء أحد الشريكين قد عرفت أنّها مورد نصّ وفتوى، ووجه الفرق بينها وبين ما نحن فيه واضح، وقد أفرغنا الكلام فيها في محلّه[٧]، فلاحظ وتأمّل.

على أنّه لو سلّم اقتضاء الاستيلاد ذلك كان المتّجه شراء عين بدلها حينها، لا تأخيرها إلى البطن اللاحق؛ ملاحظةً إلى إرادة استمرار

---

(١) كما في غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٨.

(٢ ـ ٤) تقدّمت التخريجات آنفاً.

(٥) كما في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٥، ومسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٦.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من أبواب الاستيلاد ج ٢٣ ص ١٧٥.

(٧) في ج ٢٥ ص ٤٨٠...

الوقف واستدامته المقصود للواقف، بل هو معنى كونه صدقة جارية، كما هو واضح.

وأضعف ممّا ذكره: ما حكاه هو[1] عن شيخه السيّد عميد الدين في شرح مشكلات القواعد وفي حلقة درسه من «أنّ هذين الإشكالين إنّما يتأتّيان على تقدير دخول ولدها في الوقف؛ لينتقل إليه بموت أبيه شيء منها أو المجموع، أمّا على تقدير عدم دخوله في الوقف فبموت الواطئ انتقلت إلى بطون أُخر غيره، فلم يجر للولد عليها ملك، فلا يفرض فيها عتق».

↑ ج ٢٨ / ١٢١

وفيه أوّلاً: أنّه منافٍ لإطلاق صيرورتها أُمّ ولد.

وثانياً: أنّه منافٍ لما ذكره الفاضل في القواعد: من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه، وأنّه يبقى وقفاً[2]، وحينئذٍ ملك ولدها لها على جهة الوقف لايقتضي انعتاقها عليه، إنّما المقتضي له ملكها بطريق الإرث.

ومن ذلك يظهر لك زيادة ضعف القول بصيرورتها أُمّ ولد؛ ضرورة توقّف ذلك على القول بخروجها عن الملك الوقفي إلى غيره من الملك بالاستيلاد من حينه أو قبل الموت بآنٍ مّا، ليتوجّه وارثيّة ولدها حينئذٍ نصيباً منها ينعتق عليه ويسري في غيره فيؤخذ القيمة منه، وهو كما ترى؛ ضرورة أنّ الاستيلاد لا يغيّر كيفيّة الملك، وإنّما هو يبطل سلطنة

(١) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٨، وانظر أيضاً كنز الفوائد: كتاب الوقوف ج ٢ ص ١٤٥.

(٢) قواعد الأحكام: الوقف / في أركانه ج ٢ ص ٣٩٤.

بعض التصرّفات فيه .

وكذا يظهر لك منه أيضاً : ما في جملة من الكتب في هـذه المسألة التي قال فخر المحقّقين : «تسمّى بمتشعّبة المبادئ»[١] .

ثمّ لا يخفى عليك : أنّ جميع ما ذكرناه على فرض اختصاص البطن الأوّل بالواطئ ، أمّا مع فرض شريك له فهل يحكم بالقيمة من حين الاستيلاد أم بعد الموت؟ الظاهر الثاني كما في جامع المقاصد[٢] ؛ لمثل ما قلناه ـ وإن خالف في ذلك الشهيد في نكت الإرشاد[٣] ـ إذ هي الآن باقية على حكم الوقف ، فلا ضرر على الشريك إلّا بالموت المقتضي لانعتاقها ، كما عرفت .

كما لا يخفى عليك أيضاً : أنّ المتّجه على ما سمعته من الشهيد أخذ قيمة عوض الأمة من أصل التركة ، يشتري بها ما يكون وقفاً للموقوف عليهم ، ثمّ يغرم الولد ما زاد على نصيبه للورثة بسبب الانعتاق الحاصل من سراية انعتاق نصيبه عليه ، بل لعلّه كذلك بناءً على ظاهر كلمات الأصحاب أيضاً ، بل ربّما كان هو المنساق من نحو عبارة المتن .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّها تنتقل من الواقف إلى خصوص ولده دون باقي الورثة ، فيختصّ حينئذٍ بغرم قيمتها للموقوف عليهم من نصيبه ، لكنّه كما ترى .

ولو كانت الأمة موقوفة على الواطئ وقف انقطاع وقلنا بانتقال

---

(١) إيضاح الفوائد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٨.

(٢) جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٥ .

(٣) غاية المراد: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٧.

الملك إليه فأولدها، ففي غرامته القيمة فعلاً أو إلى أن يموت، البحث السابق. وكذا لو أولدها الواقف وقلنا: هو المالك، لا الموقوف عليه.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف بيننا ـ كما اعترف به بعضهم صريحاً[١] وظاهراً[٢] ـ في أنّه ﴿يجوز تزويج الأمة الموقوفة﴾ وما عن جامع الشرائع: من نسبة عدم الجواز إلى القيل[٣] لا يقتضي كون القائل منّا، كما أنّ التعبير في محكيّ المبسوط[٤] والتحرير[٥] عن الحكم بالأقوى والأقرب لا يقتضي ذلك أيضاً.

ج ٢٨ / ١٢٢

بل لا ينبغي الإشكال فيه أيضاً؛ ضرورة أنّه عقد على بعض منافعها كالإجارة، واقتضاء ذلك التعريض لها للحبل ـ المعطّل لها، والذي معه يتحقّق التلف بالطلق ـ لا يمنع جواز الانتفاع بها المملوك لهم بعقد الوقف.

ومن ذلك يعلم: قوّة جواز وطء الواقف لها، إن لم يكن خلافه إجماعاً.

وعلى كلّ حال، فالمتولّي لتزويجها هو الموقوف عليه بناءً على الانتقال إليه، والواقف بناءً على البقاء على ملكه، والحاكم بناءً على الانتقال إلى الله (تعالى شأنه)، كما لو كانت أيضاً موقوفة على جهة

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٦.
(٢) كما في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٦.
(٣) الجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٢.
(٤) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٨٩.
(٥) تحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٨.

العموم، وما عن الشيخ: من تزويجها لنفسها على الأخير[1] في غير محلّه، وكذا احتمال أنّه الموقوف عليه مطلقاً؛ لأنّه من المنافع التي هي له وإن كان المالك للعين غيره.

﴿و﴾ لذا لا خلاف[2] ولا إشكال في أنّ ﴿مهرها للموجودين من أرباب الوقف؛ لأنّه فائدة كأُجرة الدار﴾ فلا مدخليّة لمالك العين حينئذٍ؛ إذ لا يخفى عليك الفرق بين النكاح وغيره في توقّف الأوّل على الإذن من السيّد ـ وهو المالك للعين ـ ولا يكفي فيه ملك المنفعة، بخلاف غيره.

ولعلّ هذا هو السبب في اتّفاقهم ظاهراً على كون المتولّي للنكاح على التفصيل الذي ذكرناه، وإن كان هو أيضاً ـ إن لم يكن إجماعاً ـ محلّاً للنظر بعد اقتضاء عقد الوقف تمليك سائر المنافع للموقوف عليه التي منها النكاح، كما هو المفروض.

﴿وكذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك أو من زنا﴾ إذ هو كثمرة البستان ﴿و﴾ حينئذٍ ﴿يختصّ به البطن الذين[3] تولّد[4] معهم﴾ وإن كانوا غير من حصل العقد في زمانهم، بل الظاهر اختصاص من كان علوقه في زمانهم وإن لم يولد.

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٢٩٠.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٠، والجامع للشرائع: باب الوقف ص ٣٧٢، وتحرير الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٣ ص ٣١٨، والحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٦٠.

(٣) في بعض النسخ: الذي.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: يولد.

خلافاً للمحكي عن الإسكافي[١] والشيخ[٢]: من تبعيّة الولد للأُمّ في الوقف كالمدبّرة والمرهونة؛ إذ هو ـ بعد تسليم الحكم في المقيس عليه ـ لا يصحّ عندنا بناءً على حرمة القياس، كما هو واضح.

ج ٢٨ / ١٢٣

﴿فإن كان﴾ الولد ﴿من حرّ بوطء صحيح كان حرّاً﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال؛ تغليباً لجانب الحرّيّة بالتبعيّة لأشرف الأبوين ﴿إلّا أن يشترطوا﴾ عليه ﴿رقّيّته في العقد﴾ فإنّه يكون رقّاً حينئذٍ، خلافاً لبعضٍ كما تسمعه في كتاب النكاح إن شاء الله[٤].

﴿ولو وطئها الحرّ بشبهة كان الولد[٥] حرّاً﴾ لأنّها كالصحيح بالنسبة إلى ذلك ﴿و﴾ لكن ﴿عليه قيمته﴾ طلقاً ﴿للموقوف عليهم﴾ بناءً على ما عرفت، كما لو وطئ غير الموقوفة شبهةً؛ لأنّه السبب في إتلاف النماء على أهله، كما هو واضح ومحرّر في محلّه.

﴿ولو وطئها الواقف كان كالأجنبيّ﴾ بناءً على خروجها عنه عيناً ومنفعةً بالوقف، والله العالم.

هذا كلّه في الوقف.

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوقف ج ٦ ص ٣١٨.

(٢) المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٠.

(٣) ظاهر «المبسوط» الإجماع عليه، انظر الهامش السابق.

وصرّح بالحكم في قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٦، وجامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ج ٩ ص ٨٧، ومسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ج ٥ ص ٤٠٧، والحدائق الناضرة: الوقف / في اللواحق ج ٢٢ ص ٢٦٠.

(٤) في ج ٣١ ص ٣٨١.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: ولدها.

﴿وأمّا الصدقة﴾

غير الوقف التي قد تواتر ندبها والحثّ على فعلها ـ حتّى صار ذلك من ضروريّ المذهب بل الدين ـ خصوصاً في شهر رمضان[1] وخصوصاً على الجيران[2] وخصوصاً على الأرحام[3].

فإنّ الصدقة بعشر وصلة الإخوان بعشرين وصلة الأرحام بأربع وعشرين[4].

وهي دواء المريض[5]، ودافعة البلاء وقد أُبرم إبراماً[6].

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٥ من أبواب الصدقة ح ٣ ج ٩ ص ٤٠٤.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من أبواب أحكام العشرة ج ١٢ ص ١٢٩.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٠ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٤١١.

(٤) الكافي: الزكاة / باب الصدقة على القرابة ح ٣ ج ٤ ص ١٠، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب الصدقة ح ٢ ج ٩ ص ٤١١.

(٥) قرب الاسناد: ح ٤١٠ ص ١١٧، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب الصدقة ح ١٨ ج ٩ ص ٣٧٢.

(٦) من لا يحضره الفقيه: باب النوادر ح ٥٧٦٢ ج ٤ ص ٣٦٨، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب الصدقة ح ٤ ج ٩ ص ٣٨٤.

وبها يستنزل الرزق[١]، وتقع في يد الربّ قبل يد العبد[٢]، وتقضي الدين، وتخلف البركة[٣]، وتزيد في المال[٤].

ويستحبّ التبكير بها لدفع شرّ ذلك اليوم، وفي أوّل الليل كذلك[٥].

وأنّها تدفع ميتة السوء والداء والدبيلة[٦] والحرق والغرق والهدم والجنون إلى أن عدّ سبعين باباً من السوء[٧]... إلى غير ذلك ممّا ورد فيها، هذا.

ولكن قال الصادق عليه‌السلام في خبر زرارة: «إنّما الصدقة محدثة، إنّما كان الناس على عهد رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله ينحلون ويهبون، ولاينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط لله تعالى أو في الله تعالى فإنّه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل

↑ ج ٢٨ / ١٢٤

---

(١) الكافي: الزكاة / باب أنّ الصدقة تزيد في المال ح ٤ ج ٤ ص ١٠، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب الصدقة ح ١٠ و١١ و١٣ و١٦ و١٩ ج ٩ ص ٣٧٠ ـ ٣٧٢.

(٢) الكافي: الزكاة / باب فضل الصدقة ح ٥ ج ٤ ص ٣، وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٩ ص ٤٠٦.

(٣) الكافي: الزكاة / باب أنّ الصدقة تزيد في المال ح ١ ج ٤ ص ٩، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٩ ص ٣٦٧.

(٤) الكافي: الزكاة / باب أنّ الصدقة تزيد في المال ح ٢ و٣ ج ٤ ص ٩، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب الصدقة ح ٨ و٩ ج ٩ ص ٣٦٩.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٨ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٣٨٣.

(٦) الدُّبَيْلَة: الطاعون، وخُراج ـ أي القروح ـ ودمل يظهر في الجوف ويقتل صاحبه غالباً. مجمع البحرين: ج ٥ ص ٣٦٩ (دبل).

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٣٨٦.

فيما يهب لامرأته...»[١].

ولعلّ المراد على ما قيل: «إنّ الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتصدّق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفاً فيما بينهم سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنة، بل كانوا يهبون وينحلون، إمّا لإرادة تحصيل ملكة الجود، أو لإرادة سرور الموهوب له والإثابة منه... وغير ذلك، وإنّما صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والترحّم للمسكين أمر محدث؛ أعني القصد بالهبة والنحلة لله (تعالى شأنه) المسمّى بذلك صدقة محدث»[٢].

كما يشهد لذلك في الجملة ما في خبر ولده: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يتصدّق بالصدقة، أله أن يرجع في صدقته؟ فقال: إنّ الصدقة محدثة، إنّما كان النحل والهبة، ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته، حيز أو لم يحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله (عزّوجلّ) أن يرجع فيه»[٣].

وربّما احتمل كون المراد: حدوث الصدقة بمعنى الوقف، إلّا

---

(١) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣ ج ٧ ص ٣٠، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ١ ج ٩ ص ١٥٢، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٣ من كتاب الهبات ح ١، وذيله في باب ٧ منها ح ١ ج ١٩ ص ٢٣١ و٢٣٩.

(٢) الوافي: الزكاة / باب ٦٦ ذيل ح ٢ ج ١٠ ص ٥١٤.

(٣) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٤ ج ٧ ص ٣٠، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٢ ج ٩ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٤٣.

أنّه كما ترى. ومن هنا قال في محكيّ المبسوط: «إذا قصد الثواب والتقرّب بالهبة إلى الله تعالى سمّيت صدقة» وفرّق بذلك بينها وبين الهبة والهديّة[1].

وفي الحدائق: «الظاهر أنّ إطلاق الصدقة على هذا المعنى المشهور المشروط بالشروط المعلومة أمر محدث لم يكن في زمنه صلى الله عليه وآله، وإنّما الذي كان في زمنه النحل والهبات، والصدقة يومئذٍ إنّما تستعمل بمعنى الوقف، كما في صدقات عليّ وفاطمة والكاظم عليهم السلام».

ثمّ استدلّ على ذلك بخبر عبيد المزبور مدّعياً ظهوره في السؤال عن الصدقة المعهودة، فأجاب بأنّها بهذا المعنى محدث، وإنّما المستعمل يومئذٍ النحل والهبة، ثمّ أجاب بأنّ من أعطى لله ـ أي قرن عطيّته بالقربة صدقة أو هبة أو نحلة ـ لا ينبغي الرجوع فيه، وأمّا قوله: «ولمن وهب...» إلى آخره فالمراد به مع عدم القربة[2].

وفيه: أنّ ما ورد من الكتاب والسنّة بهذا اللفظ مراداً به هذا المعنى لا يكاد يحصى، فليس المراد إلّا الحدوث بالمعنى الذي ذكرناه.

↑ ج ٢٨ / ١٢٥

ولعلّه هو الذي ينطبق عليه ما عن التذكرة[3] والمسالك[4] من أنّ «الهبة أعمّ من الصدقة؛ لاشتراطها بالقربة دونها، وأنّ الهديّة أخصّ من

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٣.
(٢) الحدائق الناضرة: الوقوف / في الصدقة ج ٢٢ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: الهبة / المقدّمة ج ٢ ص ٤١٤ ـ ٤١٥ (الطبعة الحجرية).
(٤) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٩.

الهبة أيضاً؛ لأنّها تفتقر إلى حمل المُهدى من مكان إلى مكان، فلا يقال: أهدى إليه داراً أو عقاراً، بل يقال: وهبه ذلك، فلو نذر الهبة برئ بالصدقة والهديّة، ولو حلف أن لا يهب حنث إذا تصدّق أو أهدى، دون العكس. وهل يعتبر في حدّ الهديّة أن يكون بين المُهدي والمُهدى إليه واسطة أو رسول؟ وجهان، أظهرهما العدم».

وهو جيّد، إلّا أنّك ستعرف أنّها أعمّ منها[1] من وجه.

وعلى كلّ حال **﴿فهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول﴾** بلا خلاف محقّق أجده فيه[2]، بل عن ظاهر المبسوط[3] وفقه الراوندي[4] والغنية[5] والكفاية[6] والمفاتيح[7]: الإجماع عليه، بل صريح بعض[8] وظاهر آخر[9]: اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها.

لكن في الرياض: «يعتبر فيها ما يدلّ على الإيجاب والقبول

---

(١) تحتمل المعتمدة: منهما.

(٢) صرّح بالحكم في السرائر: الوقوف / باب الهبات ج ٣ ص ١٧٣، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٥، وقواعد الأحكام: السكنى والصدقة / في الصدقة ج ٢ ص ٤٠٤، والدروس الشرعيّة: كتاب الصدقة ج ١ ص ٢٥٦.

(٣) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٤.

(٤) فقه القرآن: الوقوف / الهبة وأحكامها ج ٢ ص ٢٩٥.

(٥) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠.

(٦) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٧.

(٧) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٢٦٢ و١١٠٢ ج ١ ص ٢٣١ وج ٣ ص ٢٠١.

(٨) كالكركي في صيغ العقود (رسائل الكركي): السكنى والرقبى ج ٥ ص ٦٩، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩١.

(٩) كالعلّامة في التحرير: السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٤.

ولو فعلاً، وفاقاً لبعض أصحابنا، خلافاً لجماعة فاشترطوا فيهما ما يشترط في العقود اللازمة، وإطلاق النصوص بلزوم الصدقة بعد القبض وقصد القربة يدفعه».

«وهي وإن شملت ما ليس فيه إيجاب وقبول بالمرّة، إلّا أنّ اعتبارهما ولو فعلاً لازم البتّة، فإنّ مع عدمهما لا يعلم كونها صدقة، مضافاً إلى عدم انصراف الإطلاق بحكم التبادر إلى خلافهما[1]، هذا مضافاً إلى الاتّفاق في الظاهر على اعتبارهما في الجملة، وسيأتي عن المبسوط أنّ عليه إجماع الإماميّة»[2].

وفيه: أنّ ما ذكره أيضاً منافٍ للمتّفق عليه في الظاهر من كونها عقداً بالمعنى المتعارف الذي قد عبّروا به في غيرها من العقود، ومن المعلوم عدم تحقّقه اصطلاحاً بالإيجاب الفعلي، كما أنّ من المعلوم تحقّق الصدقة بالأفعال ولو من الطرفين، فلا محيص عن التزام أنّ لها عقداً ومعاطاةً على نحو ما سمعته في البيع.

بل كان ينبغي التزام الجواز في الثاني وإن اندرج تحت اسم الصدقة على نحو اندراجها في اسم البيع، إلّا أنّ ظاهر قوله [عليه السلام] في نصوص المقام: «أنّ ما كان لله تعالى لا رجوع فيه»[3] يقتضي لزومها؛ ضرورة

---

(١) في المصدر بدلها: ما خلا عنهما.

(٢) رياض المسائل: الوقوف / في الصدقة ج ١٠ ص ١٩٧.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٤٢٢، وباب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ و٧، وباب ٣ من كتاب الهبات ح ٢، وباب ٦ منها ح ٣ ج ١٩ ص ٢٠٤ و٢٠٦ و٢٣١ و٢٣٨.

استبعاد حمله على خصوص العقد منها.

كاستبعاد القول بجوازها ـ وإن قصد الله (تعالى شأنه) فيها ـ باعتبار عدم العقد فيها، فيتعيّن القول بلزومها وإن كانت معاطاة؛ إذ هو جهة غير جهة العقديّة والمعاطاتيّة، والمتّفق عليه في باب المعاطاة ـ من الفرق بين العقد اللازم ومعاطاته بالجواز وعدمه ـ إنّما هو إذا كان اللزوم من جهة العقديّة، لا ما إذا كان من جهة هي متحقّقة في العقد ومعاطاته، بل لولا الجهة المخصوصة لكان عقدها جائزاً؛ ضرورة كونه حينئذٍ هبة، وهي من العقود الجائزة.

ج ٢٨ / ١٢٦

ومن ذلك يعلم: أنّه لا وجه لاعتبار ما يعتبر في العقود اللازمة من اللفظ المخصوص ونحوه؛ ضرورة كون لزومها من جهة القربة لا من جهة العقديّة، فهي حينئذٍ كالهبة المعوّضة.

نعم، يبقى شيء: وهو احتمال دعوى أعمّيّة الصدقة من العقد؛ ضرورة صدقها على الإبراء المتقرّب به والوقف كذلك، بل وعلى بذل الطعام والماء ونحوهما للفقراء والمساكين مثلاً، وإن لم يكن على جهة معنى العقديّة الذي هو قصد الارتباط بالإيجاب والقبول، ولقد كان عليّ بن الحسين عليهما السلام يتصدّق على الفقير في السرّ[1] على وجهٍ لا يحصل فيه معنى العقديّة، بل لا يبعد كونها دفع المال مجّاناً قربةً إلى الله (تعالى شأنه).

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب الصدقة ح ٨، وباب ١٤ منها ح ٧ ج ٩ ص ٣٩٧ و ٤٠٢.

فإن كان مورده الإبراء كان صدقةً وإبراءً، وإن كان مورده الهبة كان هبةً وصدقةً، وإن كان مورده الوقف كان وقفاً وصدقةً، وإن كان غير ذلك كان صدقةً، ومنه الزكاة والكفّارة ونحوهما.

فالإبراء حينئذٍ منه ما هو صدقة ومنه ما هو ليس كذلك، وكذلك الهبة والوقف.

وحينئذٍ فيجري على كلٍّ منها أحكام ذلك، إلّا الرجوع بها حيث تقوم مقام الهبة؛ للعلّة التي سمعتها.

وليست هي عقداً مستقلّاً تقوم مقام المذكورات على نحو الصلح، كما عساه يظهر من إفرادها[1] بكتاب عن الهبة وإطلاقهم كونها عقداً.

لكنّه ليس في محلّه عند التأمّل، وإلّا لاحتاجت إلى القبول في قيامها مقام الإبراء، ومن المعلوم خلافه، بل لم يجر حكم الإبراء حينئذٍ على ما كان صدقة منه، وكذا الوقف والهبة.

وبذلك يظهر أنّ ذلك ليس منوّعاً لها عنها، كما أومأ إليه الفاضل وغيره فيما سمعته من الحنث بالصدقة لو حلف أن لا يهب ولا يهدي.

وبذلك يظهر لك النظر فيما ذكره في جامع المقاصد، حيث قال: «إنّ ما ذكروه في الاحتجاج على أنّ الإبراء لا يحتاج إلى القبول ـ وهو قوله تعالى: (وأن تصدّقوا خير لكم)[2]، حيث فسّروا الصدقة هنا بالإبراء ـ يقتضي عدم اشتراط القبول، ولا نيّة القربة»[3].

↑ ج ٢٨ / ١٢٧

---

(١) في بعض النسخ: إفرازها.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٣) جامع المقاصد: الوقوف / في الصدقة ج ٩ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

إذ هو ـ كما ترى ـ لا يقتضي إلّا عدم اعتبار القبول في هذا القسم خاصّة، وأمّا اعتبار القربة فهو من مقوّماتها دونه، فليس كلّ إبراء صدقة، ولا كلّ صدقة إبراء، وكذلك الهبة والوقف، بل بينها وبين هذه العموم من وجه؛ لما عرفت من صدق الصدقة على ما لا يندرج في شيء منه، فليست هي إلّا لمعنى متّحد شامل للجميع وهذه أفراده، وكلّ فرد منها داخل تحت اسم آخر يلحقه حكمه، وإن سمّي باعتبار قصد القربة فيه أنّه صدقة.

إلّا أنّ ذلك كلّه منافٍ لظاهر جعلها عقداً مستقلّاً عن الهبة الظاهر في مباينتها لها وأنّ التمييز بينها وبين الهبة بالقصد وإن اتّحد موردهما، وحينئذٍ لا تجتمع الصدقة العقديّة مع غيرها من العقود أصلاً، والهبة قربةً إلى الله تعالى ـ مع عدم القصد بأنّها صدقة ـ تكون هبة لا صدقة، وبالعكس صدقة لا هبة. وبذلك يظهر النظر في جملة من الكلمات السابقة.

ولعلّه إلى ذلك يرجع ما في المسالك ـ وإن كان هو لا يخلو من نظر من وجه آخر ـ قال: «قد يلوح من بعض كلامهم عدم الاتّفاق على اشتراط القربة؛ حيث استدلّوا على أنّ الإبراء لايحتاج إلى القبول بقوله تعالى: (وأن تصدّقوا خير لكم)[1]، وفسّروا الصدقة هنا بالإبراء مع أنّه غير مفتقر إلى القربة، ويلزم منه عدم افتقارها إلى القبول أيضاً كذلك».

---

(١) المصدر قبل السابق.

«إلّا أن يقال: إنّها تطلق على معنيين: خاصّ وعامّ، وأنّ الإبراء صدقة بالمعنى العامّ، وكلامهم هنا في المعنى الخاصّ، وقد تقدّم في الوقف أنّه صدقة، والأخبار مشحونة به، مع أنّ الأصحّ عدم اعتبار نيّة القربة فيه، وهذه فوائد[1] اعتبار المعنى العامّ»[2].

﴿و﴾ كيف كان، فتفتقر صحّتها مع الإيجاب والقبول إلى ﴿إقباض﴾ أي القبض بإذن، بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد[3]، بل قيل: «إنّه قد يلوح الإجماع على ذلك أو يظهر من المبسوط وفقه الراوندي»[4]، بل عن التذكرة: الإجماع عليه في موضعين[5].

وهو الحجّة بعد النصوص المذكورة في الوقف، كحسنة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: «في رجل يتصدّق على ولد له قد أدركوا؟ فقال: إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث...»[6] وغيره ممّا تقدّم سابقاً[7]؛ لما عرفت من أعمّيّة الصدقة من الوقف، فترك الاستفصال فيه حينئذٍ يقتضي العموم.

ج ٢٨ / ١٢٨

بل قد يدّعى أنّه المتبادر من نصوص الصدقة المشتملة على ذلك؛ فإنّها بمعنى الإعطاء صدقةً.

---

(١) في المصدر بدل «وهذه فوائد»: وهذا يؤيّد.

(٢) مسالك الأفهام: الوقوف / في الصدقة ج ٥ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٣) كالطباطبائي في الرياض: الوقوف / في الصدقة ج ١٠ ص ١٩٨.

(٤) مفتاح الكرامة: السكنى / في الصدقة ج ٢٢ ص ٧١ ـ ٧٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان، وفي الأحكام ج ٢ ص ٤١٧ و٤٢٦ (الطبعة الحجرية).

(٦) تقدّم في ص ١٤٢.

(٧) كخبر عليّ بن جعفر المتقدّم في ص ١٤٢.

بل ربّما استدلّ[1] بأصالة عدم الصحّة أيضاً، إلّا أنّه في غير محلّه؛ لانقطاعه بالعمومات.

نعم، يتّجه الاستدلال عليه بما دلّ على اعتباره في الهبة بناءً على أنّها هي مع زيادة نيّة القربة التي اقتضت عدم جواز الرجوع بها بعد اجتماع شرائط صحّتها التي منها الإقباض المزبور.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو قبضها المعطى له من غير رضا المالك لم تنتقل إليه﴾ لعدم حصول الإقباض الذي هو بمعنى القبض بالإذن، كما في كلّ مقام كان القبض فيه من شروط الصحّة، لا لكونه منهيّاً عنه حينئذٍ بدون الإذن؛ إذ هو معاملة لا ينافي ترتّب أثره عليه كونه محرّماً، ولكن لكون الشرط الإقباض ـ ولو للإجماع على ذلك ـ لم يحصل الشرط حينئذٍ، فلم يترتّب عليه الأثر، فضلاً عن عدم القبض أصلاً.

وارتفاع الضمان عن المبيع ـ بقبض المشتري من دون إذن البائع ـ إنّما هو لعدم كون القبض فيه شرطاً للصحّة كما في الفرض؛ لتماميّة الملك بعقد البيع، وإنّما وجب الإذن للتقابض الذي هو مقتضى المعاوضة، وهو أمر خارج عمّا نحن فيه، والضمان بالتلف قبل قبضه إنّما كان لفوات المعاوضة، فمع فرض تحقّقه تمّت المعاوضة، فلا ضمان ـ بعدُ ـ على البائع حينئذٍ من هذه الجهة وإن كان القبض بغير إذنه.

نعم، لا يرتفع الخيار ـ مثلاً ـ بهذا القبض ولا غيره من الأحكام التي تترتّب على القبض، والله العالم.

---

(۱) كما في رياض المسائل: الوقوف / في الصدقة ج ۱۰ ص ۱۹۸، ومفتاح الكرامة: السكنى / في الصدقة ج ۲۲ ص ۷۲.

﴿ومن شرطها﴾ إن لم يكن من مقوّماتها ﴿نيّة القربة﴾ بلا خلاف أجده فيه[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، والمناقشة[٣] في ذلك وفي اعتبار القبول بقوله تعالى: «وأن تصدّقوا خير لكم»[٤] ـ المستدلّ به على الإبراء ـ قد عرفت جوابها ممّا تقدّم.

↑ ج ٢٨ / ١٢٩

كلّ ذلك مضافاً إلى حَسَني حمّاد أو صحيحيه عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله (عزّ وجلّ)»[٥].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «... ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى وجه الله (عزّوجلّ)...»[٦].

وخبر الحكم: «... إنّما الصدقة لله، فما جعل لله فلا رجعة له فيه...»[٧].

---

(١) نفى الخلاف في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٢٦٢ ج ١ ص ٢٣١، ورياض المسائل: الوقوف / في الصدقة ج ١٠ ص ١٩٧.

(٢) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الوقوف / في الصدقة ج ٥ ص ٤٠٨، والحدائق الناضرة: الوقف / في الصدقة ج ٢٢ ص ٢٦١.

وصرّح بالحكم في السرائر: الوقوف / باب الهبات ج ٣ ص ١٧٢، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٧، وتحرير الأحكام: في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٤، والدروس الشرعيّة: كتاب الصدقة ج ١ ص ٢٥٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: الوقوف / في الصدقة ج ٩ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٥) تقدّما بعنوان «الصحيحين» في ص ١٧.

(٦) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٧ ج ٧ ص ٣١، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٦ ج ٩ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٧ ج ١٩ ص ٢٠٦.

(٧) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوقف والصدقة ح ٥٥٨٧ ج ٤ ص ٢٤٧، ←

وغير ذلك من النصوص الدالّة عليه؛ حتّى النبوي المروي في الطرفين: «إنّ مثل الراجع في صدقته مثل الراجع في قيئه»[1].

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصحّ﴾ بل عن السرائر[2] والتذكرة[3] وظاهر المفاتيح[4] وكذا الغنية[5]: الإجماع عليه.

للعموم المقتضي ذلك والخصوص الذي عرفته.

و﴿لأنّ المقصود بها الأجر وقد حصل، فهي كـ﴾الهبة ﴿المعوّض عنها﴾ وكالعبادة التي لا خيار فيها.

مضافاً إلى أولويّة اللزوم في المقام منه في الهبة المنوي فيها القربة ـ المحكي عليه الإجماع عن الانتصار[6] والغنية[7] والتذكرة[8] ـ إن لم تكن هي، كما عرفته سابقاً.

← وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ٢٠٤.

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٦٥، وباب ٤ النحل والهبة ح ١١ و١٢ ج ٩ ص ١٥١ و١٥٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ و٤ و٥ ج ١٩ ص ٢٠٤ و٢٠٥.

(٢) السرائر: الوقوف / باب الهبات ج ٣ ص ١٧٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) نسب القول الآخر إلى الشذوذ، انظر مفاتيح الشرائع: مفتاح ٢٦٢ ج ١ ص ٢٣١ ـ ٢٣١.

(٥) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٢.

(٦) الانتصار: مسألة ٢٦١ ص ٤٦٠.

(٧) المصدر قبل السابق: ص ٣٠٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

لكن مع ذلك كلّه عن المبسوط [١] والمهذّب [٢] وفقه الراوندي [٣]: أنّ صدقة التطوّع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام، ومن شرطها الإيـجاب والقبول، ولا تلزم إلّا بالقبض أو ما يجري مجراه، وكلّ من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة.

ولا ريب في ضعفه وإن احتمل [٤] بناؤه على عدم اعتبار القربة في الصدقة؛ إذ هو لا يخفى عليك ما فيه، بل المحكي عن صريحه التصريح باعتبار القربة في مفهومها، فضلاً عن كونه شرطاً فيها.

وما أبعد ما بينه وبين المحكي عنه في النهاية [٥] والمفيد في المقنعة [٦] من أنّ «ما تصدّق به لوجه الله فلا يجوز أن يعود إليه بالبيع أو الهبة أو الصدقة، وإن رجع بالميراث كان جائزاً».

ولعلّه لقول الصادق عليه السلام في صحيح منصور بن حازم: «إذا تصدّق الرجل بصدقة لم يحلّ له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردّها إلّا في ميراث» [٧].

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٤.

(٢) المهذّب: الوقوف / ما هي النحلة ج ٢ ص ٩٧.

(٣) فقه القرآن: باب الهبة وأحكامها ج ٢ ص ٢٩٥.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوقوف / في الصدقة ج ٥ ص ٤٠٩.

(٥) النهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٥.

(٦) المقنعة: كتاب الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.

(٧) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٦١ ج ٩ ص ١٥٠، وسائل الشيعة: باب ١٢ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ٢٠٧.

المحمول على الكراهة ؛ لمعارضته للعمومات التي هي أُصول المذهب وقواعده ، بل عن المحقّق حمل عبارة النهاية على ذلك[١] ، بل عن ابن إدريس نفي الخلاف عن جواز الرجوع بذلك[٢] ، ولعلّه تحمل عبارة المقنعة على ذلك أيضاً .

ج ٢٨ / ١٣٠

﴿و﴾ كيف كان ، فـ ﴿الصدقة المفروضة﴾ أو الزكاة منها خاصّة ﴿محرّمة على بني هاشم، إلّا صدقة الهاشميّ أو صدقة غيره عند الاضطرار، ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم﴾ مطلقاً ، أو ما عدا النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله والأئمّة عليهم‌السلام منهم ، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً[٣] .

ومن الغريب أنّه بناءً على أنّ الصدقة هي الهبة المتقرّب بها ، وكذا الهديّة ، وأنّ المندوبة محرّمة على النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله والأئمّة عليهم‌السلام ، يتوجّه تحريمهما حينئذٍ عليهم إلّا مع عدم ملاحظة القربة .

ويمكن القطع بعدمه ، ومنه يعلم : كون كلّ منها مفهوماً مستقلّاً عن الآخر .

﴿مسائل ثلاث﴾

﴿الأُولى﴾

قد عرفت أنّه ﴿لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض، سواء عوّض عنها أو لم يعوّض، لرحم كانت أو لأجنبيّ على الأصحّ﴾

---

(١) النهاية ونكتها: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٥.

(٢) السرائر: الوقوف / باب الهبات ج ٣ ص ١٧٤.

(٣) في ج ١٦ ص ٤٨ فما بعدها.

خلافاً لمن سمعت فجعل حكمها حكم الهبة ؛ لأنّها قسم منها ، وقد عرفت ضعفه .

ولكن لا يخفى أنّ مرجع ذلك ومرجع ما سمعته عن التذكرة وغيرها أنّ الصدقة حينئذٍ من الأوصاف اللاحقة للهبة ، وليست عقداً مستقلّاً مقابلاً لها ، وحينئذٍ فإذا فسدت النيّة فيها ـ بمنافاة الإخلاص ونحوه ـ يتّجه ثبوت حكم الهبة لها حينئذٍ ، فله الرجوع بها حينئذٍ مع عدم العوض وعدم كونها لرحم ، وإلّا فلا يجوز .

أمّا على ما قلناه من كونها عقداً مستقلّاً فالمتّجه : بطلان العقد حينئذٍ بفساد شرطه ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿يجوز الصدقة على الذمّي﴾ وغيره من الكافر غير الحربي ﴿وإن كان أجنبيّاً﴾ على الأصحّ ﴿لقوله عليه‌السلام[1]: «على كلّ كبد حرّى أجر»[2]، ولقوله تعالى: «لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم»[3] وغير ذلك ممّا سمعته في الوقف ، فإنّ المسألة من وادٍ واحدٍ دليلاً وخلافاً ، والله العالم .

↑ ج ٢٨ / ١٣١

---

(١) في نسخة المسالك: صلّى الله عليه وآله.

(٢) عوالي اللآلي: الفصل السادس من المقدّمة ح ٣ ج ١ ص ٩٥، وقد تقدّم ما يقارب لفظه في ص ٦٩ ـ ٧٠.

(٣) سورة الممتحنة: الآية ٨.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿صدقة السرّ﴾ التي تطفئ غضب الربّ[١] ﴿أفضل من﴾ صدقة ﴿الجهر﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل في المسالك: «هو موضع وفاق»[٣]. قال الله تعالى: «وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم»[٤]. وعن الصادق عليه السلام: «... والله، الصدقة في السرّ أفضل منها في العلانية...»[٥] إلى غير ذلك.

﴿إلّا أن يتّهم في ترك المواساة، فيظهرها دفعاً للتهمة﴾ التي تجنّب عنها سيّد الرسل صلى الله عليه وآله ـ مع بعده عنها ـ فضلاً عن غيره، أو قصد الاقتداء به، أو ترغيب الناس... أو نحو ذلك ممّا يقترن به الجهر على وجهٍ يرجح على مراعاة السرّيّة التي هي أرجح من الجهريّة من حيث نفسها.

نعم، في الدروس[٦] وغيرها[٧]: تخصيص ذلك بالمندوبة، أمّا الواجبة فالأفضل إظهارها، كما عن تفسير عليّ بن إبراهيم روايته عن

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١٣ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٣٩٥.

(٢) تأتي بعض المصادر خلال البحث.

(٣) مسالك الأفهام: الوقوف / في الصدقة ج ٥ ص ٤١٣.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٧١.

(٥) الكافي: الزكاة / باب فضل صدقة السرّ ح ٢ ج ٤ ص ٨، من لا يحضره الفقيه: الزكاة / باب فضل الصدقة ح ١٧٣٦ ج ٢ ص ٦٧، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب الصدقة ح ٣ ج ٩ ص ٣٩٥.

(٦) الدروس الشرعيّة: كتاب الصدقة ج ١ ص ٢٥٦.

(٧) كجامع المقاصد: الوقوف / في الصدقة ج ٩ ص ١٣٠.

الصادق عليه السلام [١]، ولبعدها عن تطرّق الرياء، وللأمر بحملها إلى الإمام [٢] المنافي للكتمان.

بل عن ابن عبّاس: «إنّ صدقة السرّ في التطوّع [٣] تفضل علانيتها بسبعين ضعفاً، وصدقة الفريضة علانيتها [٤] أفضل من [٥] سرّها بخمسة وعشرين ضعفاً» [٦].

لكنّ المصنّف وغيره [٧] أطلقوا أفضليّة السرّ، وهو لا يخلو من وجه، والأمر سهل بعد إيكال الأمر إلى عالم السرّ والجهر، والله العالم.

ويكره الصدقة بجميع ماله على ما صرّح به غير واحد [٨]، ولعلّه لقوله تعالى: «يسألونك ماذا ينفقون قل العفو» [٩] أي الوسط، وقوله

---

(١) تفسير القمّي: ذيل الآية ٢٧١ من سورة البقرة ج ١ ص ٩٢ ـ ٩٣.

(٢) الكافي: كتاب الحجّة / باب صلة الإمام ح ١ ج ١ ص ٥٣٧، تهذيب الأحكام: الزكاة / انظر باب ٢٨ وجوب إخراج الزكاة إلى الإمام ج ٤ ص ٩٠، دعائم الإسلام: الزكاة / دفع الصدقات ج ١ ص ٢٦٣، مستدرك الوسائل: انظر باب ٢٠ من أبواب المستحقّين للزكاة ج ٧ ص ١٢٣، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب زكاة الفطرة ح ٢ ج ٩ ص ٣٤٦، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١ ج ٦ ص ٥٠٧.

(٣) «في التطوّع» ليست في بعض النسخ.

(٤ و٥) ليست في بعض النسخ.

(٦) تفسير الطبري: ج ٥ ص ١٥، تفسير الكشّاف: ج ١ ص٣١٦، عمدة القاري: ج ٨ ص ٢٨٤، عوالي اللآلي: المسلك الرابع من الباب الأوّل ح ١٨٩ ج ٢ ص ٧٢.

(٧) كالعلّامة في التحرير: في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٥، والإرشاد: العطايا / في الصدقة ج ١ ص ٤٥٦.

(٨) كالعلّامة في القواعد: (يأتي المصدر لاحقاً)، والكركي في جامع المقاصد: الوقوف / في الصدقة ج ٩ ص ١٣٣.

(٩) سورة البقرة: الآية ٢١٩.

تعالى: «ولا تبسطها كلّ البسط»[١]، و«إذا أنفقوا لم يسرفوا»[٢]، وقوله ﷺ: «أفضل الصدقة عن ظهر غنى»[٣].

لكن لا يخفى عليك: رجحان مقام الإيثار الذي أشار إليه ربّ العزّة بقوله: «ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة»[٤] وفعله الأولياء.

ولعلّه لذا قال في الدروس: «ويكره أن يتصدّق بجميع ماله، إلّا مع وثوقه بالصبر ولا عيال له»[٥].

↑ ج ٢٨ / ١٣٢

وكأنّ الرجوع في ذلك كلّه إلى الموازين الشرعيّة ـ المختلفة باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ـ هو المتّجه في ذلك وفي غيره كالصدقة وعنده عيال محتاجون أو عليه دين، التي نفى استحبابها في الأوّل في القواعد[٦] وعن غيرها[٧]، وحكم بكراهتها في الثاني[٨].

لكن من المعلوم إرادة قلّة الثواب من ذلك، نحو الصدقة على الأجنبي مع حاجة القريب الذي ورد فيها: «لا صدقة وذو رحم محتاج»[٩] المراد منها المرجوحيّة بالنسبة إلى تلك التي سئل النبيّ ﷺ

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٢٩.

(٢) سورة الفرقان: الآية ٦٧.

(٣) ثواب الأعمال: باب ثواب الصدقة ح ١٥ ص ١٧٠. وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب الصدقة ح ٤ ج ٩ ص ٤٣٠.

(٤) سورة الحشر: الآية ٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: كتاب الصدقة ج ١ ص ٢٥٦.

(٦ و٨) قواعد الأحكام: الوقوف / في الصدقة ج ٢ ص ٤٠٤.

(٧) كجامع المقاصد: الوقوف / في الصدقة ج ٩ ص ١٣٣.

(٩) من لا يحضره الفقيه: الزكاة / باب فضل الصدقة ح ١٧٤٠ ج ٢ ص ٦٨. وسائل الشيعة: ←

«أيّ الصدقة أفضل؟ قال: على الرحم الكاشح»[١]، هذا.

وقد تضمّنت النصوص وظائف كثيرة للصدقة، كما أنّها تضمّنت الحكم بالصدقة في جملة من الأمور: كالتوسعة على العيال، وبذل الجاه، والكلمة الليّنة... ونحو ذلك ممّا هو مراد منها مشابهتها في الفضل، لا أنّها منها حقيقةً، فلاحظ وتدبّر، والله العالم والموفّق والمؤيّد والمسدّد.

↑ ج ٢٨ / ١٣٣

← باب ٢٠ من أبواب الصدقة ح ٤ ج ٩ ص ٤١٢.

(١) الكافي: الزكاة / باب الصدقة على القرابة ح ٢ ج ٤ ص ١٠، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٩ ص ٤١١.

كتاب

السكنى والحبس

﴿كتاب السكنى﴾ وأُختيها ﴿والحبس﴾

﴿وهي عقد﴾ بالمعنى الأعمّ الشامل للمعاطاة بناءً على مشروعيّتها فيها ﴿يفتقر﴾ في الصحّة ﴿إلى﴾ معنى ﴿الإيجاب والقبول﴾ ولو فعلاً، بلا خلاف[1] ولا إشكال، ويفتقر في اللزوم إلى اللفظيّين منه، على نحو غيرها من العقود اللازمة التي شرّعت المعاطاة فيها على أنّها من أفرادها.

ولا فرق في ذلك بين كونها مطلقة أو مقترنة بمدّة أو عمر، كما هو ظاهر الأصحاب.

وجواز الرجوع بها في الأوّل متى شاء، لا ينافي افتقار مشروعيّتها إلى معنى الإيجاب والقبول، على حسب ما سمعته في العقود الجائزة.

على أنّ الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة إلى مسمّى الإسكان، وجواز الرجوع لمكان تحقّق مقتضاها، لا لكون العقد جائزاً؛ وإلّا لجاز عدم إسكانه أصلاً، والأمر في ذلك سهل.

---

(١) كما في رياض المسائل: الوقوف / في السكنى والعمرى ج ١٠ ص ١٨١.

﴿و﴾ أمّا ﴿القبض﴾ فلا خلاف أجده في اعتباره فيها أيضاً[١]، بل في الرياض عن ظاهر جماعة وصريح آخر الإجماع عليه[٢].

نعم، في جامع المقاصد: «ينبغي أن يكون اشتراطه على القول باللزوم، أمّا على عدم اللزوم فإنّه بمنزلة العارية»[٣].

والظاهر أنّ مراده ما في الروضة من أنّه «إنّما يشترط على تقدير لزومها، أمّا لو كانت جائزة فالإقباض شرط في جواز التسلّط على الانتفاع، ولمّا كانت الفائدة بدونه منتفية أطلق اشتراطه فيها»[٤]، وإلّا فلا يخفى عليك عدم منافاة شرطيّته لجوازه ـ كما في القبض بالنسبة إلى الهبة ـ على معنى: عدم تحقّق أثر العقد إلّا به، هذا.

وعن المبسوط[٥] والمهذّب[٦] وفقه الراوندي[٧] والسرائر[٨] وغيرها[٩]: أنّه يفتقر في[١٠] صحّتها إلى الإيجاب والقبول، ولزومها إلى القبض.

(١) كما في رياض المسائل: (انظر الهامش اللاحق).

(٢) رياض المسائل: الوقوف / في السكنى والعمرى ج ١٠ ص ١٨١.

(٣) جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والعمرى ج ٩ ص ١١٧.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.

(٥) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦.

(٦) المهذّب: باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٠ و١٠١.

(٧) فقه القرآن: كيفيّة الوقف وأحكامه ج ٢ ص ٢٩٣.

(٨) السرائر: الوقف / باب العمرى والرقبى ج ٣ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٩) كإيضاح الفوائد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(١٠) ليست في بعض النسخ.

ولعلّه لا يخلو من قوّة؛ لأنّ العمدة في اشتراطه إجماع الخلاف، وهو إنّما يقتضيه، لاالصحّة التي هي[١] مقتضى العمومات والإطلاقات، قال في المحكي عنه: «إذا أتى بواحدة منها ـ أي العقود الثلاثة ـ وأقبضه فقد لزمت العمرى» ثمّ ادّعى عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[٢].

ج ٢٨ / ١٣٤

لكنّ ظاهر الأكثر[٣] وصريح بعض[٤]: أنّه شرط في الصحّة، بل الظاهر أنّه معقد ما سمعته من الرياض، ولعلّه لكونها من لواحق الوقف أو الهبة.

بل في المحكي من كلام ابن حمزة: اعتبار نيّة القربة في صحّتها أيضاً[٥].

ولا دليل عليه، بل لا دليل على اعتباره[٦] في لزومها أيضاً كما هو المحكي عن المقنعة[٧] والكافي[٨] وجامع الشرائع[٩] والغنية[١٠]، بل

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: «من».

(٢) الخلاف: الهبة / مسألة ٤ ج ٣ ص ٥٥٨.

(٣) كالماتن هنا، والمختصر النافع: كتاب الوقوف والصدقات ص ١٥٩، والعلّامة في الإرشاد: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦، والشهيد في اللمعة: كتاب العطيّة ص ١٠٧.

(٤) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٩.

(٥) الوسيلة: بيان العمرى والرقبى ص ٣٨٠.

(٦) الأولى التعبير بـ«اعتبارها» أي نيّة القربة.

(٧) المقنعة: الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٣.

(٨) الكافي في الفقه: في السكنى والرقبى ص ٣٦٣.

(٩) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٧.

(١٠) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٢.

ظاهر الأدلّة ـ كعموم «أوفوا...»[١] و«المؤمنون...»[٢] وغيرهما ـ لزومها بدون ذلك[٣].

ومن هنا كان ظاهر الأكثر أو المشهور[٤] ما هو صريح جماعة[٥] من عدم اعتبارها في الصحّة واللزوم، وإن توقّف عليها حصول الثواب.

نعم، في جواز السكنى المطلقة أو لزومها في المسمّى، خلاف تسمع تحريره إن شاء الله.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿فائدتها التسليط على استيفاء المنفعة﴾ تمام المدّة المشترطة ﴿مع بقاء الملك على﴾ ملك ﴿مالكه﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد[٦]، إلّا ما يحكى[٧] عن

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) تقدّم في ص ١٨٢.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: «وغيرها».

(٤) كالشيخ في المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦، وابن البرّاج في المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٠، والراوندي في فقه القرآن: كيفيّة الوقف وأحكامه ج ٢ ص ٢٩٣، وابن إدريس في السرائر: الوقوف / باب العمرى والرقبى ج ٣ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٥) كالشهيد الأوّل في الدروس: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨١، والكركي في جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١١٧ ـ ١١٨، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٧، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٢٢ ج ٣ ص ٢١٩.

(٦) كالكركي في جامع المقاصد: (انظره في الهامش السابق: ص ١١٨)، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤١٨.

(٧) الحكاية عن الثلاثة وقعت في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ١٤، ونسبه إلى الأوّل والأخير في المهذّب البارع: الوقف / في اللواحق ج ٣ ص ٧٠، وإلى الأوّل في الدروس: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨١.

الشيخ[١] والراوندي[٢] وابن البرّاج[٣] من اقتضائها نقل العين في خصوص ما لو قال: «هذه الدار لك عمرك ولعقبك من بعدك».

مع أنّا لم نتحقّق ذلك عن الشيخ وابن البرّاج[٤]، بل المتحقّق عن أوّلهما خلافه وإن حكي عنه ما يوهم ذلك[٥]. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ ضرورة عدم اختلاف مقتضاها باختلاف كيفيّة تعلّقها، مع أنّ الأصل بقاء الملك على ملك مالكه، كما ستسمع تحقيق الحال فيه.

وإنّما غرض المصنّف وغيره فيما ذكره التنبيه على خلاف بعض العامّة: حيث جعلها مفيدة فائدة الهبة على بعض الوجوه، فينتقل ملك العين إلى الساكن[٦]. وهو واضح الفساد، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿يختلف عليها﴾ أي السكنى ﴿الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا اقترنت[٧] بالعمر قيل: عمرى﴾ وسكنى ﴿وبالإسكان﴾ وحده ﴿قيل: سكنى﴾ خاصّة ﴿وبالمدّة﴾ المعيّنة ﴿قيل:﴾ سكنى و﴿رقبى؛ إمّا من الارتقاب أو من رقبة الملك﴾.

↑ ج ٢٨ / ١٣٥

(١ و٣) يأتي تخريجهما قريباً.

(٢) فقه القرآن: كيفيّة الوقف وأحكامه ج ٢ ص ٢٩٤.

(٤ و٥) انظر المهذّب والمبسوط في هامش (٤) من الصفحة السابقة.

(٦) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٣٠٤، المجموع: ج ١٥ ص ٣٩٦، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٥٤٠.

(٧) في بعض النسخ: قرنت.

فالسكنى حينئذٍ ـ مع تعلّقها بالمسكن وكون الصيغة بلفظها ـ أعمّ منهما، وإن كانا هما أعمّ منها من وجه آخر، وهو فيما إذا كانت الصيغة بلفظ «أعمرتك» و«أرقبتك» فإنّهما حينئذٍ عمرى ورقبى، ولا يقال: «سكنى»، أو كان موردهما غير المسكن بل دابّة ونحوها، كذا في المسالك حاكياً له عن الأكثر[1].

بل ستسمع ـ فيما يأتي ـ التصريح منه: بأنّ العمرى والرقبى المتعلّقة بالمسكن هما كالسلم والصرف بالنسبة إلى البيع، أي قسم خاصّ من السكنى.

لكن لا يخفى عليك أوّلاً: أنّ مقتضاه إطلاق السكنى عليهما وإن كانت الصيغة بلفظهما، كإطلاق البيع على السلم والصرف.

وثانياً: أنّ المعلوم من النصّ والفتوى تباين العقود، وأنّه لا يجتمع عقدان في عقد واحد؛ ضرورة كون كلّ منهما سبباً مستقلّاً في نفسه، كما أنّ المعلوم منهما هنا أنّ هذه العقود الثلاثة كغيرها من العقود؛ بدليل اختلاف مواردها في كثير من المقامات وغيره، ومع فرض اتّحاد موردها واتّحاد الصيغة القابلة لكل منها يجب التمييز بالنيّة والقصد، كالصلح والبيع والهبة المعوّضة.

بل قد يظهر من المحكي عن التحرير عدم إمكان اجتماعها أصلاً، قال: «إن كانت السكنى مطلقة أو يقول: أسكنتك عمري أو عمرك أو مدّة معيّنة من الزمان قيل: سكنى، وإن قيّدت بالعمر بأن يقول:

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤١٨ ـ ٤١٩.

أعمرتك مدّة عمرك أو عمري قيل: عمرى، وإن قرنت بالمدّة قيل: رقبى، بأن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة»[١]؛ ضرورة ظهوره في اعتبار تحقّق كلّ منها الصيغة باسمها.

بل لعلّ التباين ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي:

قال في الأُولى: «العمرى: أن يجعل منفعة داره أو ضيعته لغيره مدّة حياته، والرقبى: أن يجعلها مدّة معلومة، والسكنى: أن يجعل سكناها لغيره مدّة عمر أحدهما»[٢].

وفي الثاني: «السكنى: أن يجعل سكناها لغيره مدّة معلومة، والرقبى: أن يسكنه فيها مدّة حياة المالك، والعمرى: أن يسكنه فيها طول عمر المُعمَر ـ أي الغير ـ»[٣].

↑ ج ٢٨ / ١٣٦

وعن المبسوط[٤] والخلاف[٥] والمهذّب[٦] وفقه القرآن للراوندي[٧] والغنية[٨] والسرائر[٩]: أنّ صورة الرقبى صورة العمرى، إلّا أنّ اللفظ يختلف، فإنّه يقول: أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي، والرقبى

---

(١) تحرير الأحكام: كتاب السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢١.

(٢) الوسيلة: بيان العمرى والرقبى ص ٣٨٠.

(٣) الكافي في الفقه: في السكنى والرقبى ص ٣٦٣.

(٤) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦.

(٥) الخلاف: الهبة / مسألة ٤ و٨ ج ٣ ص ٥٥٨ و٥٦٢.

(٦) المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٠.

(٧) فقه القرآن: كيفيّة الوقف وأحكامه ج ٢ ص ٢٩٤.

(٨) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٢.

(٩) السرائر: الوقوف / باب العمرى والرقبى ج ٣ ص ١٦٨.

يحتاج أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي.

بل عن المبسوط: «لا فرق بينهما عندنا»(١).

وعن المهذّب: «وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهباً لنا»(٢).

وفي محكيّ التذكرة عن عليّ عليه‌السلام: «الرقبى والعمرى سواء»(٣).

وفي محكيّ الخلاف: «إنّ العمرى عندنا سكنى»(٤).

وعن الجامع: «إنّ العمرى والرقبى بحكم السكنى»(٥).

وعن صيغ العقود: «إنّ العبارات شتّى والمقصود واحد»(٦).

وعن المختلف ـ بعد أن ذكر كلام المبسوط والمهذّب والوسيلة والكافي والسرائر ـ قال: «وهذه اختلافات لفظيّة»(٧).

قلت: لا إشكال في أنّ المفاد واحد مع فرض كون المورد المسكن، إلّا أنّه تظهر الثمرة مع فرض التباين؛ بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجميع كما في كلّ مشترك.

وقصد القدر المشترك غير كافٍ؛ لعدم ثبوت مشروعيّته لنفسه، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخيص كونه بيعاً أو صلحاً أو هبةً معوّضةً،

---

(١) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٧.

(٢) المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٤٨ (الطبعة الحجرية).

(٤) الخلاف: الهبة / مسألة ٤ ج ٣ ص ٥٥٨.

(٥) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٨.

(٦) صيغ العقود (آثار الكركي): السكنى والرقبى ج ٥ ص ٦٨.

(٧) مختلف الشيعة: الهبات / في السكنى ج ٦ ص ٣٣٤.

والفرض صلاحيّة المورد.

فإن كان المراد من الوحدة والتسوية: بالنسبة إلى النتيجة أو بالنسبة إلى أكثر الأحكام الثابتة لهما فكذلك.

وإن أُريد بالوحدة: الاتّحاد بالعقد وإن تكثّرت أسماؤه باعتبار ألفاظه، فخلاف ظاهر النصّ والفتوى: أنّها عقود مستقلّة مختلفة المعاني، بل لو أُريد من مورد أحدها الآخر بطل، نحو ما يراد من البيع الصلح وبالعكس، إلّا بناءً على جواز إنشاء العقد اللازم بالمجاز والفرض قصد المعنى المجازي، أمّا مع عدمه فلا ريب في بطلانه؛ ضرورة كونه حينئذٍ كإرادة الإجارة بالبيع وبالعكس، فتأمّل.

ومن ذلك يظهر: أنّ الأولى قصد السكنى أو العمرى في اللفظ المشتمل عليهما، وكذا اللفظ المشتمل على المدّة المعيّنة، وربّما تسمع لذلك تتمّة إن شاء الله تعالى.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿العبارة عن العقد أن يقول: أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك ـ أو ما جرى مجرى ذلك ـ هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن عُمرك أو[1] عُمري أو مدّة معيّنة﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال في أصل جواز العقد بذلك.

↑ ج ٢٨ / ١٣٧

إنّما الكلام في حصره بذلك، وقد قدّمنا سابقاً تحقيق الحال في

(١) في نسخة الشرائع: و.

(٢) نسبه إلى الأصحاب ـ فقال: «قالوا» ـ في الحدائق الناضرة: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٠.

سائر العقود اللازمة ـ فضلاً عن غيرها ـ بالنسبة إلى خصوص اللفظ، وبالنسبة إلى اعتبار الماضويّة وغيرها، فلاحظ وتأمّل.

لكن عن التذكرة هنا: «أو يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك مدّة حياتك، أو وهبت منك هذه الدار عمرك على أنّك إن متّ قبلي عادت إليّ، وإن متّ قبلك استقرّت عليك»[١].

قيل: «وظاهره الملك للعين مستقرّاً، كما حكاه هو وغيره عن بعض العامّة»[٢].

ويمكن إرادة الاستقرار للمنفعة بقيّة العمر؛ لمعلوميّة مخالفة الأوّل لظاهر المذهب ويكون مراده صحّة الهبة على هذا الوجه، ولكن جاء بها في المقام لأنّ لها شبهاً بالعمرى من حيث التقييد به، لا عقد العمرى بلفظ الهبة، الذي قد يشكل: بأنّه مجاز، فلا يعقد به العقد اللازم بناءً على المعروف عندهم، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال، والله العالم.

ثمّ إنّه غير خفيّ عليك وجه المناسبة في العمرى، أمّا الرقبى فالظاهر أنّها من الارتقاب الذي هو الانتظار؛ لانتظار كلّ منهما المدّة المضروبة، أو من رقبة الملك؛ باعتبار دفع الرقبة إليه لاستيفاء المنفعة.

وعن بعض أصحابنا: «أنّ الرقبى أن يقول: جعلت خدمة هذا العبد

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٤٨ (الطبعة الحجرية).

(٢) مفتاح الكرامة: الوقف / السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٢٢.

لك مدّة حياتك أو مدّة حياتي»[١].

وكأنّه أخذها من رقبة العبد، إلّا أنّا لم نعرفه كما اعترف به غيرنا[٢].

بل في الحدائق: إنكار أصل عقد الرقبى؛ لعدم وجود لفظها في شيء من نصوصنا[٣]، وإن كان فيه: عدم اعتبار ذلك في ثبوت العقد، خصوصاً بعد المرسل عن عليّ عليه السلام المتقدّم[٤]، بل عن الخلاف: نسبته إلى أخبارنا[٥]، والله العالم.

وكيف كان ﴿فتلزم[٦]﴾ السكنى وأُختاها ﴿بالقبض﴾ بعد فرض اجتماع غيره ممّا يشترط فيها.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ على ما في التنقيح[٧] وإن كنّا لم نتحقّقه: ﴿لا تلزم[٨]﴾ مطلقاً.

﴿وقيل﴾ والقائل أبو الصلاح في المحكي عن كافيه[٩]، بل لعلّه

---

(١) نسبه إلى بعض أصحابنا في المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦، والمهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٠.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوقوف / السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٢١.

(٣) الحدائق الناضرة: الوقوف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٨.

(٤) في ص ٢٩٢، وانظر دعائم الإسلام: العطايا / ذكر الهبات ح ١٢٢٤ ج ٢ ص ٣٢٤، ومستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٤ ص ٦٥.

(٥) الخلاف: الهبة / مسألة ٨ ج ٣ ص ٥٦٢.

(٦ و٨) في نسختي الشرائع والمسالك: فيلزم... لا يلزم.

(٧) التنقيح الرائع: الوقوف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٣.

(٩) الكافي في الفقه: في السكنى والرقبى ص ٣٦٣.

ظاهر المحكي عن المقنعة[١] والغنية[٢] وجامع الشرائع[٣]: ﴿تلزم[٤] إن قصد به القربة﴾ وإلاّ فلا.

ج ٢٨ / ١٣٨

﴿والأوّل أشهر﴾ بل المشهور[٥]، بل في المسالك: «هو المعروف من مذهب الأصحاب»، بل فيها أيضاً: «لم نقف على قائل بالقولين الآخرين»[٦].

بل في محكيّ الخلاف: «إذا أتى بواحدة منها ـ أي العقود الثلاثة ـ وأقبضه فقد لزمت العمرى»، ثمّ ادّعى عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[٧].

ولعلّه الحجّة، مضافاً إلى:

قاعدة اللزوم واستصحابه.

وخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن السكنى والعمرى؟ فقال: إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط، وإن كان جعلها له ولعقبه بعده حتّى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا، ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل»[٨].

---

(١) المقنعة: الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٣.

(٢) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٢.

(٣) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٧.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: يلزم.

(٥) كما في كفاية الأحكام: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٢ ج ٣ ص ٢١٩.

(٦) مسالك الأفهام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢١.

(٧) الخلاف: الهبة / مسألة ٤ ج ٣ ص ٥٥٨.

(٨) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٢ ج ٧ ص ٣٣، تهذيب الأحكام: ←

ومضمر حمران: «سألته عن السكنى والعمرى؟ فقال: إنّ الناس فيه عند شروطهم؛ إن كان شرط حياته سكن حياته، وإن كان لعقبه فهي لعقبه كما شرط حتّى يفنوا، ثمّ تردّ إلى صاحب الدار»[1].

وحسن الحلبي أو صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يُسكن الرجل داره ولعقبه من بعده؟ قال: يجوز، وليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا، قلت: فرجل أسكن رجلاً داره في حياته؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فرجل أسكن رجلاً داره ولم يوقّت؟ قال: جائز ويخرجه إذا شاء»[2] المعلوم إرادة المضيّ من الجواز فيه، خصوصاً بملاحظة ذيل الخبر وما تقدّمه من النصوص المراد منها لزوم الشرط على حسب ما شرط.

وكذا صحيح الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام: «سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيّام حياته، أو له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه كما شرط؟ قال: نعم، قلت: فإن احتاج يبيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت

↑ ج ٢٨ / ١٣٩

← الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٣٥ ج ٩ ص ١٤٠، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٠.

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢١ ص ٣٣، و«التهذيب»: ح ٣٤ ص ١٣٩، ووسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٩ ص ٢١٨.

(٢) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٥ ج ٧ ص ٣٤، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٣٧ ج ٩ ص ١٤٠، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٣ من كتاب السكنى والحبيس ح ٢، وذيله في باب ٤ منها ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٠ و٢٢١.

أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أنّ الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتّى تنقضي السكنى على ما شرط، وكذلك الإجارة...»[١].

كما صرّح به في خبر أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام: «... سألته عن رجل أسكن داره رجلاً في حياته؟ قال: يجوز له، وليس له أن يخرجه، قال: قلت: فله ولعقبه؟ قال: يجوز له. وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقّت له شيئاً؟ قال: يخرجه صاحب الدار إذا شاء»[٢].

إلى غير ذلك من النصوص، التي لا يعارضها خبر أبي البختري ـ المروي عن قرب الاسناد ـ عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام: «إنّ السكنى بمنزلة العارية؛ إن أحبّ صاحبها أن يأخذها أخذها، وإن أحبّ أن يدعها فعل أيّ ذلك شاء»[٣].

القاصر عن ذلك من وجوه، مع أنّه محمول على السكنى المطلقة، بل لعلّها هي السكنى وأمّا المحدودة بالعمر والمدّة المعيّنة فهي العمرى

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٣٨ ص ٣٨، و«التهذيب»: ح ٤٠ ص ١٤١، ووسائل الشيعة: باب ٢٤ من كتاب الإجارة ح ٣ ج ١٩ ص ١٣٥.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٢٤، و«التهذيب»: ح ٣٦، ووسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٢ من كتاب السكنى والحبيس ح ٣، وذيله في باب ٤ منها ح ٢ ج ١٩ ص ٢١٩ و٢٢٢.

(٣) قرب الاسناد: ح ٥٣٣ ص ١٤٧، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب السكنى والحبيس ح ٣ ج ١٩ ص ٢٢٢.

والرقبى، كما سمعت الكلام فيه سابقاً.

وإطلاق المصنّف وغيره[1] هنا لزومها منزّل على غير هذا الفرد الذي سيصرّح المصنّف بحكمه، مع إمكان إرادته الإطلاق حتّى بالنسبة إليه لكن في مسمّاها خاصّة كما سمعته من الفاضل، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّة على ما ستعرف.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك: ضعف القولين المزبورين اللذين لم نتحقّق أوّلهما، كما لم نعرف دليله سوى الخبر المزبور، المعارض: بما عرفت، وبما دلّ سابقاً من النصوص[2] على عدم جواز الرجوع بما أعطى لله (تعالى شأنه) إن كان مراده الجواز حتّى في هذا الفرد.

بل ولا دليل الثاني منهما إلّا: العمل به أيضاً، وبنصوص ما أعطى لله (تعالى شأنه) لا يجوز الرجوع فيه.

إلّا أنّ الجميع ـ كما ترى ـ منافٍ لقواعد الاستنباط والجمع بين جميع الأدلّة بعد وزنها بموازين القسط، والله العالم.

﴿ولو قال: لك سكنى هذه الدار﴾ مثلاً ﴿ما بقيت﴾ أنت ﴿أو﴾ ما ﴿حييت﴾ أنت ﴿جاز﴾ بلا خلاف[3] ولا إشكال؛ لعموم الأدلّة وخصوصها التي تقدّمت الإشارة إليها.

ج .

---

(١) كالشيخ في المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦، وابن البرّاج في المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٠، وابن إدريس في السرائر: الوقوف / باب العمرى والرقبى ج ٣ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٢) تقدّم بعضها في ص ٢٧٤.

(٣) ينظر مسالك الأفهام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

﴿و﴾ مقتضاها: أنّ السكنى ﴿ترجع[١] إلى المسكِن بعد موت الساكن﴾ لأنّ ذلك هو مقتضى شرطه الذي شرطه، لكن قال المصنّف: ﴿على الأشبه﴾ مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا، ولم نجده كما اعترف به غيرنا أيضاً[٢].

بل في محكيّ المبسوط: «أنّه الصحيح على مذهبنا» بعد أن حكى في المسألة قولين: الصحّة والبطلان، وأنّ القائلين بالصحّة منهم من قال: إنّها تكون للمعمَر مدّة بقائه ولورثته بعده. ومنهم من قال: إنّه إذا مات رجعت إلى المعمِر أو ورثته إن كان هو مات[٣].

وظاهره: أنّ هذه الأقوال للعامّة، خصوصاً بعد أن كان المحكي عن أكثر أصحاب الشافعي استظهار البطلان من قوله في القديم، إلّا أبا إسحاق منهم فإنّه استظهر منه الصحّة والرجوع بموته إلى المالك أو ورثته. وأمّا القول بالصحّة وأنّها ترجع إلى ورثة الساكن كالهبة فهو قوله في الجديد[٤]، فكان الذي ينبغي ترك قول المصنّف: «و[٥]الأشبه».

هذا كلّه مع الإطلاق.

و﴿أمّا لو قال: فإذا متّ رجعت إليّ، فإنّها ترجع قطعاً﴾

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: يرجع.

(٢) كالسبزواري في الكفاية: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٤، والبحراني في الحدائق: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٢.

(٣) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦.

(٤) الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٥٤١ ـ ٥٤٢، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٥) الواو ليست جزءً من المتن.

بلا خلاف[١] ولا إشكال، بل عن المبسوط[٢] والخلاف: إجماع الفرقة عليه، مع زيادة: «وأخبارهم» في الثاني[٣]، وإن كان لا فرق بين ذلك والأوّل سوى التصريح وعدمه، وهو ليس فارقاً كما هو واضح، والله العالم.

﴿ولو قال: أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك، كان عمرى﴾ فيجري عليها حكمها من لزومها ما دام العقب، فإذا انقرضوا رجعت المنفعة إلى المالك.

وأمّا العين فهي على ملك المالك ﴿ولم تنتقل﴾ منه ﴿إلى المعمَر﴾ بالفتح ﴿وكان كما لو لم يذكر العقب على الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده والنصوص المتقدّمة سابقاً[٤]، بل في ظاهر المحكي من التذكرة في مواضع[٥] وجامع المقاصد[٦]: الإجماع عليه.

لكن عن المبسوط: «إذا قال: لك عمرك ولعقبك من بعدك، فإنّه جائز؛ لما رواه جابر: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: أيّما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنّما هي للّذي يعطاها، لا ترجع للّذي أعطاها، فإنّه أعطى

(١) ينظر مسالك الأفهام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.
(٢) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٧.
(٣) الخلاف: الهبة / مسألة ٧ ج ٣ ص ٥٦١.
(٤) في ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: الوقف/في السكنى والعمرى ج٢ ص ٤٤٨ و٤٤٩ و ٤٥٠ (الطبعة الحجرية).
(٦) جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢١.

ج ٢٨ / ١٤١

عطاءً وقعت فيه المواريث[١]»[٢].

قيل: «وظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه؛ إذ لولا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التي ذكرها هو في التهذيب كرواية أبي الصباح[٣] وغيرها أولى»[٤].

وفيه: أنّه يمكن إرادة إثبات أصل المشروعيّة الذي أفتى به بالخبر المزبور، ومن ثَمَّ لم يذكروا خلافه، بل عن بعض نُسخ الكتاب[٥] أنّها خالية عن لفظ «الأشبه».

نعم، يحكى عن فقه القرآن للراوندي الفتوى بمتن الخبر المذكور من دون نسبته إلى رواية[٦].

ولا ريب في ضعفه؛ ضرورة كون الخبر عامّيّاً، معرضاً عنه، منافياً لظاهر النصوص المزبورة، بل ولأُصول المذهب وقواعده إذا أُريد النقل إليه وإن لم يقصده الناقل، والله العالم.

﴿وإذا عيّن للسكنى مدّة لزمت بالقبض﴾ لما عرفته سابقاً

---

(١) عوالي اللآلي: باب الوقف ح ١٥ ج ٣ ص ٢٦٣، الموطّأ: ح ٤٣ ج ٢ ص ٧٥٦، المسند (للشافعي): ص ٢١٨، صحيح مسلم: ح ١٦٢٥ ج ٣ ص ١٢٤٥، سنن أبي‌داود: ح ٣٥٥٣ ج ٣ ص ٢٩٤، سنن النسائي: ج ٦ ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٧٢، صحيح ابن حبّان: ح ٥١٣٥ ج ١١ ص ٥٣٨، معرفة السنن والآثار: ح ٣٧٨٥ ج ٥ ص ٥ ـ ٦.

(٢) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٦.

(٣) تقدّمت مع المصدر في ص ٢٩٦.

(٤) مسالك الأفهام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٣.

(٥) انظر المصدر السابق.

(٦) فقه القرآن: كيفيّة الوقف وأحكامه ج ٢ ص ٢٩٤.

﴿ولا يجوز الرجوع فيها إلّا بعد انقضائها﴾ .

﴿وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع﴾ السكنى ﴿وإن مات المعمَر﴾ بالفتح ؛ لجميع ما تقدّم من أدلّة اللزوم ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿ينتقل ما كان له إلى ورثته﴾ كغيرها من الحقوق والأملاك ﴿حتّى يموت المالك﴾ بل عن الشيخ في الخلاف : «أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم»[1] معتضداً بما في المسالك[2] وعن غيرها[3] : من نفي الخلاف فيه .

وإن كان قد يناقش : بما عن المصنّف في المحكي من نكت النهاية ، قال : «إنّ الذي يرجح في ذهني : أنّه لا تكون لعقبه السكنى إلّا إذا جعلها له ولعقبه بعده ، ولو جعل السكنى له مدّة حياة المالك ـ ولم يتلفّظ بجعلها لعقبه ـ ومات المجعول له بطلت السكنى ؛ لأنه ليس بتمليك ، بل هو أشبه بالإباحة فلا يتعدّى المجعول له ، وما ذكره في النهاية مطالب بدليله»[4] .

وفيه : أنّ الدليل ما عرفت من الإجماع المزبور وغيره ، بل وخبر محمّد بن قيس ـ في أحد احتماليه ـ : «قضى في العمرى أنّها جائزة

(١) الخلاف: الهبة / مسألة ٥ ج ٣ ص ٥٦٠.

(٢) مسالك الأفهام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٣.

(٣) كالحدائق الناضرة: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٣، ورياض المسائل: الوقوف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٨٧.

(٤) النهاية ونكتها: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٣ ص ١٣٠ ـ ١٣١.

لمن أعمرها ، فمن أعمر شيئاً ما دام حيّاً فإنّه لورثته إذا توفّي»[١].

لكنّ الإنصاف : عدم خلوّ كلامه من قوّة بناءً على ما تسمعه من ظهور إطلاق السكنى في سكناه خاصّة ومن يتبعه في العادة ، وأنّه ليس له إسكان غيره ولا إجارته.

ج ٢٨ / ١٤٢

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ ذلك لا ينافي كون السكنى حقّاً له على وجه الصلح عنه للمالك ، وحينئذٍ يتّجه انتقاله إلى الوارث وإن لم نجوّز له سكناه ، ولكن يكون الحقّ له على وجهٍ له الصلح عنه من المالك ، فيكون إسقاطاً ؛ إذ لا تلازم بين تعذّر السكنى بموت أو حبس ـ مثلاً ـ وبقاء الحقّ المزبور.

وبهذا يجمع بين كلامهم هنا وكلامهم الآتي ، أو يحمل هذا على ما إذا كانت العمرى على وجهٍ تنتقل إلى الوارث ـ باعتبار التصريح فيها على أنّها له يفعل فيها ما شاء ـ وكلامهم الآتي إنّما هو في الإطلاق المنزّل على إرادة الخصوصيّة الذي يقوى فيه ما سمعته من المصنّف ، فلاحظ وتأمّل جيّداً.

﴿ولو قرنها بموت[٢] المعمَر﴾ بالفتح ﴿ثمّ مات﴾ المالك قبله لم يكن لورثته إزعاجه ؛ لقاعدة اللزوم وغيرها ممّا عرفته سابقاً ،

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٤٢ ج ٩ ص ١٤٣، الاستبصار: الوقوف / باب ٦٥ السكنى والعمرى ح ٦ ج ٤ ص ١٠٥، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب السكنى والحبيس ح ٢ ج ١٩ ص ٢٢٨.

(٢) أُشير في هامش بعض النسخ إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: بعمر.

بلا خلاف معتدّ به أجده فيه [١]، سوى ما يحكى عن أبي علي من التفصيل بأنّه «إن كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميّت لم يكن لهم إخراجه، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم» [٢].

وهو ـ مع شذوذه ـ مخالف للقواعد والضوابط، فضلاً عن الأدلّة السابقة.

ولم نعثر له على شاهد سوى خبر خالد بن نافع [٣] البجلي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدّة حياته ـ يعني صاحب الدار ـ فمات الذي جعل السكنى وبقي الذي جعل له السكنى، أرأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه ألهم ذلك؟ فقال: أرى أن يقوّم الدار بقيمة عادلة، وينظر إلى ثلث الميّت، فإن كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة أن يخرجوه، وإن كان الثلث لا يفي بثمن الدار فلهم أن يخرجوه، قيل له: أرأيت إن مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار، تكون السكنى لورثة الذي جعلت له السكنى؟ قال: لا» [٤].

وهو مع ضعف سنده واضطراب متنه [٥] حتّى قال الشيخ:

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٣٥.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في السكنى ج ٦ ص ٢٣٢.

(٣) في الكافي: رافع.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣٩ ج ٧ ص ٣٨، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٤١ ج ٩ ص ١٤٢، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٧.

(٥) الأولى سوق العبارة هكذا: وهو ضعيف السند مضطرب المتن... إلخ.

«ما تضمّنه الخبر المزبور من قوله: (يعني صاحب الدار) غلط من الراوي ووهم منه في التأويل؛ لأنّ الأحكام التي ذكرها بعد ذلك إنّما تصحّ إذا كان قد جعل السكنى حياة من جعلت له السكنى، فحينئذٍ يقوّم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه، ولو كان جعل له مدّة حياته ـ يعني صاحب الدار ـ لكان حين مات بطلت السكنى، ولم يحتج معه إلى تقويمه واعتباره بالثلث»[1].

ج ٢٨ / ١٤٣

وربّما استظهر[2] من هذا الكلام موافقة الشيخ لابن الجنيد.

وفيه: أنّه يمكن إرادته بيان بطلان هذا التأويل بعدم جريان الأحكام المزبورة عليه، أمّا إذا جعل عمر الساكن والفرض حياته وموت المالك فيمكن جريان الحكم المزبور بعد إرادة منفعة الدار من «الدار» فيه، وإرادة تسلّطهم على الإخراج بالنقصان لثبوت حقّ لهم في الجملة، لا للبطلان أصلاً، ولو بحمله على الوصيّة، أو على التنجيز في مرض الموت، أو على ما يوافق كلام الإسكافي... أو غير ذلك.

ومن هنا قال غير واحد: إنّ في متن الخبر المزبور اضطراباً وخللاً[3]، فكيف يخرج بمثله عن مقتضى الأدلّة السابقة؟!

فمن الغريب ـ بعد ذلك كلّه ـ وسوسة الخراساني في الكفاية في

---

(١) انظر ذيل مصدر «التهذيب» في الهامش قبل السابق.

(٢) جعله موهماً لذلك في الحدائق الناضرة: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٤.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨١، مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٤.

المسألة[١]، بعد أن لم نجد موافقاً للإسكافي من زمنه إلى زمنه إلّا ما سمعته من الشيخ رحمه الله.

هذا كلّه إذا مات المالك والمعمَر حيّ، أمّا إذا مات هو والفرض أنّ الغاية عمره ﴿لم يكن[٢] لوارثه﴾ شيء ﴿ورجعت إلى المالك﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال، والله العالم.

ثمّ لا يخفى عليك: أنّ مورد النصوص في العمرى عمر أحدهما وعمر عقب المعمَر بالفتح، لكن يقوى في النظر التعدّي إلى غير ذلك من عمر الأجنبي، كما عن الشهيد الفتوى به في بعض فوائده[٤]، ونفى عنه البأس في المسالك[٥] وبعض من تأخّر عنها[٦].

لعموم الأمر بالوفاء بالعقود[٧] و«المؤمنون...»[٨]، وخصوص مضمر حمران[٩] وغيره ممّا تقدّم سابقاً[١٠]، ولصدق اسم العمرى في

(١) كفاية الأحكام: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٤ ـ ٢٥.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: لم تكن.

(٣) ينظر المقنعة: الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٣، والنهاية: الوقوف / باب السكنى ج ٣ ص ١٣١، والوسيلة: بيان العمرى والرقبى ص ٣٨٠، وإرشاد الأذهان: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦.

(٤) نقله عنه في مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٤.

(٥) المصدر السابق.

(٦) كرياض المسائل: الوقوف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.

(٧) سورة المائدة: الآية ١.

(٨) تقدّم في ص ١٨٢.

(٩) تقدّم في ص ٢٩٧.

(١٠) في ص ٢٩٦.

الجملة، المدلول على شرعيّتها في بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما كما في المسالك[١].

بل مقتضى ذلك التعدّي إلى غير ذلك من عمر حيوان بل جماد، ولو نفس العين التي هي مورد العمرى، وإن كان الأحوط عدمه، وأحوط منه الاقتصار على ما في خصوص النصوص.

ج ٢٨ / ١٤٤

وعلى كلّ حال، فيفرّع على التعدّي المزبور: حكم ما لو مات أحدهما في حياة من علّقت بعمره، فإن كان المالك فالحكم كما لو مات في حياة المعمَر الذي علّقت العمرى بموته ـ وقد عرفت سابقاً أنّه يبقى على استحقاقه ـ وإن كان هو المعمَر ففي المسالك[٢] وغيرها[٣]: «رجعت العمرى إلى المالك، كما لو مات من علّقت على عمره».

وفيه: أنّ المتّجه بناءً على ما ذكرناه عودها إلى ورثة المعمِر في الأوّل، نحو ما سمعته فيما لو مات بحياته المالك الذي كان عمره غاية العمرى، إلّا على ما سمعته[٤] من المحقّق في النكت كما تقدّم الكلام فيه، هذا.

وفيها أيضاً أنّه «أولى ممّا في النصوص: جواز جعل العمرى لبعض معيّن من العقب، ومثله ما لو جعله له مدّة عمره ولعقبه مدّة مخصوصة،

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٤.

(٢) المصدر السابق: ص ٤٢٥.

(٣) كمفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٤١.

(٤) في ص ٣٠٣.

والعقد حينئذٍ مركّب من العمرى والرقبى»[١].

وفيه ما لا يخفى مع فرض اتّحاد إيجاب العقد، وإلّا لجاز اجتماع السكنى المطلقة والعمرى والرقبى في عقد واحد وإن كان متعلّق كلّ منهما مختلفاً، وحينئذٍ يكون العقد جائزاً لازماً، وهو كما ترى.

نعم، قد يقال: إنّ مقتضى العمومات ـ خصوصاً خبر حمران[٢] ـ جريان كثير من أحكام الوقف فيها؛ من التشريك والترتيب وتبعيّة المعدوم للموجود، من غير فرق بين عقبه وغيره، والدوام والانقطاع... وغير ذلك، بل يجوز فيها كلّ شرط سائغ في نفسه، نحو ما سمعته في الوقف أيضاً.

ولعلّ ترك الأصحاب التعرّض لأكثر[٣] ذلك اتّكالاً على ذكرهم له فيه، نحو اتّكالهم ـ في ذكر جملة من الأحكام على العمرى مثلاً، أو السكنى، أو الرقبى مثلاً ـ على اتّحاد الجميع في ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت من المرسل عن عليّ عليه السلام: «العمرى والرقبى سواء»[٤]، وفي محكيّ المبسوط: «لا فرق بينهما عندنا»[٥]، والمهذّب: «وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهباً لنا»[٦].

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٢.

(٢) تقدّم في ص ٢٩٧.

(٣) في بعض النسخ إضافة «من» بعدها.

(٤) تقدّم في ص ٢٩٢.

(٥) المبسوط: الهبات / في العمرى والرقبى ج ٣ ص ٣١٧.

(٦) المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠١.

↑ إلى غير ذلك ممّا تقدّم، ممّا هو محمول على إرادة التساوي في الأحكام، حتّى إذا كان مورد العمرى والرقبى غير المسكن، فضلاً عنه.

ج ٢٨ / ١٤٥

﴿ولو أطلق المدّة ولم يعيّنها كان﴾ صحيحاً، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها.

ولكنّ ﴿له الرجوع متى شاء﴾ لحسن الحلبي أو صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام وخبر أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه عنه [عليه السلام] أيضاً المتقدّمين سابقاً[٣].

لكنّ ظاهر الإخراج فيهما ـ كما هو المحكي[٤] من تعبير الأكثر ـ لا ينافي لزوم العقد الذي هو مقتضى ما عرفته سابقاً من أدلّته الشاملة لجميع الأفراد فيما يتحقّق به مسمّى السكنى، كما عن العلّامة في التذكرة التصريح به[٥]، ووافقه عليه أوّل الشهيدين[٦] وثاني المحقّقين[٧]

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٨٦.

(٢) نقل الإجماع في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٤٠.

وصرّح بالحكم في النهاية: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٣ ص ١٣١، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٧، وإرشاد الأذهان: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦، واللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، وجامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢٤.

(٣) في ص ٢٩٧ و٢٩٨.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٣٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٥٠ (الطبعة الحجرية).

(٦) قاله في حواشيه على القواعد على ما نقله في مفتاح الكرامة: (انظر الهامش قبل السابق: ص ٣٨).

(٧) جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢٤.

فيما حكي عنهما.

وما في المسالك من المناقشة في ذلك بـ«انّ الرواية مخصّصة للآية؛ لدلالتها على جوازه مطلقاً، كما خصّصت الآية بسائر العقود الجائزة بدليل من خارج»[١].

يدفعها: ما سمعت من عدم اقتضاء الرواية أزيد ممّا عرفت، والأمر سهل.

هذا كلّه في السكنى المطلقة.

أمّا العمرى والرقبى فالظاهر بطلانهما مع الإطلاق، كما قطع به في الدروس في الأوّل، ولم يتعرّض للرقبى[٢]، ولعلّه لاتّحادها معها في الحكم.

واحتمل في المسالك «الصحّة إقامةً لها مقام السكنى؛ لاشتراكهما في كثير من الأحكام والمعاني وتناسبهما على الوجه الذي قرّرناه سابقاً، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع».

«وكذا القول في الرقبى وأولى بالصحّة هنا؛ لأنّ إطلاقها باعتبار رقبة الملك أو ارتقاب المدّة التي يرتضيها المالك ممكنة هنا بطريق الحقيقة، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المرادفين مكان الآخر، وإن اختلفا من جهة أُخرى، وهذا قويّ»[٣].

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٦.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨١.

(٣) المصدر قبل السابق.

وفيه: أنّ الكلام ليس في استعمال لفظ العمرى والرقبى في السكنى، بل هو في مشروعيّة إطلاق عقديهما على نحو عقد السكنى ولو في غير الدار.

ثمّ حكى عن التحرير: القطع بأنّه مع إطلاق العمرى والرقبى يصحّ، ويكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى، قال: «وهو في الرقبى حسن، وفتوى الدروس في العمرى أحسن»[1].

وفيه ما لا يخفى؛ إذ يمكن أن يكون بناء ما في التحرير على مساواة العمرى والرقبى في الحكم المزبور للسكنى ولو لإمكان دعوى تحقّقهما بعمر من الأعمار وبمضيّ زمان من الأزمنة، لا لاستعمال لفظيهما فيها حتّى يفرّق بينهما بالحقيقة والمجاز.

ج ٢٨ / ١٤٦

وأغرب من ذلك قوله: «ويتفرّع على ذلك: ما لو أعمره مدّة معيّنة؛ فعلى جواز إطلاق العمرى لا شبهة في الجواز هنا؛ لانضباطها بالمدّة، فهي أولى من الإطلاق، وعلى المنع يحتمله هنا؛ لاختصاصها بالعمر ولم يحصل هنا، والجواز هنا وإن منع على الإطلاق».

«والفرق: أنّها مع الإطلاق محمولة على عمر أحدهما أو عمر مطلق ولم يعيّن فبطلت للجهالة، بخلاف ما لو عيّن المدّة، فإنّه صريح في إقامتها مقام السكنى أو الرقبى، فيصحّ كما صحّ إقامة السلم مقام غيره من أفراد البيع الحالّ مع التصريح بإرادة الحلول؛ إقامةً للنوع مقام الجنس، وأقلّ مراتبه أنّه مجاز مشهور».

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

«وليس بجيّد؛ لأنّ المعتبر في العقود اللازمة الألفاظ الحقيقيّة الصريحة، وهو منفيّ هنا»[(١)].

إذ هو كما ترى.

والتحقيق: عدم مشروعيّة الجميع؛ للأصل السالم عن معارضة الأدلّة الظاهرة في غير الفرض، فلا يصحّان مع الإطلاق ولا استعمال العمرى في الرقبى ولا العكس؛ لما عرفت من أنّها عقود متمايزة.

وأمّا استعمال لفظ كلّ منهما في عقد الآخر، فهو مبنيّ على ما حرّرنا في محلّه: من جواز العقد اللازم بكلّ لفظ صالح للدلالة ولو على جهة المجازيّة ـ كما هو الأقوى ـ أو يعتبر لفظ مخصوص؟ وهذا غير ما نحن فيه كما هو واضح، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا يتوهّم اختصاص مورد العمرى والرقبى بمورد السكنى، بل هو أعمّ؛ إذ ﴿كلّ ما صحّ[(٢)] وقفه صحّ[(٣)] إعماره من العقار والحيوان والأثاث[(٤)]﴾ وغير ذلك، كما صرّح به كثير من الأصحاب[(٥)]، بل لا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه[(٦)].

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧.

(٢ و٣) في نسختي الشرائع والمسالك: يصحّ.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: من دار ومملوك وأثاث.

(٥) كالعلّامة في التحرير: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٣، والشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، والكركي في جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢١، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٤٩ (الطبعة الحجرية).

للعمومات، وخصوصاً خبر محمّد بن قيس المتقدّم سابقاً(١).

بل في صحيح محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفرعليه‌السلام: عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال»(٢).

وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد اللهعليه‌السلام: «سألته عن الرجل يكون له الخادمة تخدمه، فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة، فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّة، ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد أُعتقت»(٣).

↑ ج ٢٨ / ١٤٧

وهما في الرقبى، فكان على المصنّف أن يذكرها مع العمرى، إلّا أنّك قد عرفت أنّ ذاك و نحوه لمعلوميّة تساويهما في الحكم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لا يبطل(٤)﴾ عقد العمرى ﴿بالبيع﴾ وغيره من نواقل العين الذي مورده غير موردها ـ كما لا تبطل بالإجارة ـ بلا خلاف أجده فيه(٥)، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع

---

(١) في ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٢) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٤٤ ج ٩ ص ١٤٣، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٥.

(٣) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٣ ج ٧ ص ٣٤، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٤٣، و«الوسائل»: ح ٢.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: لا تبطل.

(٥) كما في رياض المسائل: الوقف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٩١.

عليه كما عن ظاهر التنقيح أو صريحه[١].

مضافاً إلى الأصل وغيره من أدلّة اللـزوم المـتقدّمة، وخـصوص صحيح الحسين بن نعيم المتقدّم سابقاً[٢].

والظاهر أنّ الرقبى أيضاً كذلك؛ لاتّحاد الدليل في الجـميع، بـل قيل: إنّها أولى[٣].

بل وكذا السكنى اللازمة.

وأمّا السكنى المطلقة والعـمرى والرقـبى ـ بـناءً عـلى مشـروعيّة الإطلاق فيهما ـ فالذي صرّح به غير واحد[٤] بل لا أجد خلافاً بـينهم فيه: انفساخها، كما هو شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه لازم ينافيه.

وربّما يحمل على ذلك ما في الدروس: «لو باع المالك العين كان فسخاً للسكنى، لا للعمرى والرقبى»[٥] بناءً مـنه عـلى عـدم جـريان الإطلاق فيهما.

وقد يناقش: بعدم منافاة نقل العين لنقل المنفعة ـ وإن كـان عـلى وجه الجواز ـ حتّى يكون ذلك فسخاً شرعاً وإن لم يقصده بـه. نـعم، لو قصد به الفسخ ـ ولو بقصد التسليط على العين ومنافعها في وجـه ـ

---

(١) التنقيح الرائع: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٦.

(٢) في ص ٢٩٧.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٨.

(٤) كالمقداد في التنقيح: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٦، والشهيد الثـاني فـي المسـالك: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٨، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في اللـواحـق ج ١٠ ص ١٩٣.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨٢.

اتّجه حينئذٍ ذلك.

وكيف كان، فالمراد: أنّ نقل العين من حيث كونه كذلك لا يقتضي فسخ العقد اللازم الذي مورده المنفعة ﴿بل يجب أن يوفي المعمَر﴾ مثلاً ﴿ما شرط له﴾.

نعم، في صحّة أصل البيع ـ من بين النواقل ـ وبطلانه خلاف:

فالأكثر[١] على الصحّة؛ للعموم وخصوص الصحيح المزبور، والجهالة بوقت الانتفاع لا ينافيه[٢]؛ لأنّها ليست مورداً له، خصوصاً مع عدم انحصار المنفعة في ذلك؛ لجواز التصرّفات التي لا تنافيها.

واستقرب الفاضل في محكيّ التحرير: البطلان[٣]، بل عن إيضاح النافع القطع به[٤]، واستشكل فيه في القواعد[٥] ومحكيّ المختلف[٦] وموضع من التذكرة[٧] والإيضاح[٨] والتنقيح[٩]، وجزم بالصحّة في

↑ ج ٢٨ ١٤٨

---

(١) منهم العلّامة في الإرشاد: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦، والشهيد الأوّل في الدروس: الوقف / درس ١٧١ ج ٢ ص ٢٨٢، والشهيد الثاني في المسالك: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٩، والسبزواري في الكفاية: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٥، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٢٤ ج ٣ ص ٢٢٠.

(٢) الأولى التعبير بـ «لا تنافيه».

(٣) تحرير الأحكام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٢.

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٤٦.

(٥) قواعد الأحكام: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢ ص ٤٠٣.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في السكنى ج ٦ ص ٣٣٦.

(٧) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٥١ (الطبعة الحجرية).

(٨) إيضاح الفوائد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢ ص ٤٠٩.

(٩) التنقيح الرائع: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

محكيّ الإرشاد[١]، فاختلف كلامه في كتبه .

ولعلّ ذلك : ممّا عرفت ، ومن أنّ الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ؛ ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه ، والفرض أنّ زمان استحقاق المنفعة مجهول ، فيتجهّل المبيع ، ولذا منع الأصحاب[٢] من بيع المسكن الذي تعتدّ فيه المطلّقة بالأقراء لجهالة وقت الانتفاع به ، ومن المعلوم أنّ المقام أولى منه ؛ لإمكان استثناء الزوج مدّة يقطع بعدم زيادة العدّة عليها ، بخلاف المتنازع .

إلّا أنّ ذلك جميعه كما ترى ؛ ضرورة تحقّق الانتفاع بالمبيع ، وإنّما تخلّف منه نوع خاص ، وذلك لا يقدح ، كما أنّ الجهل بوقت الانتفاع ليس جهلاً بعين المبيع ؛ إذ هو ليس من أوصافه ، فما دلّ على اعتبار المعلوميّة في المبيع لا ينافيه مثل هذا الجهل الذي لم يثبت مانعيّته من الصحّة .

ومنع الأصحاب من بيع مسكن المعتدّة مبنيّ على ما منعوه هنا ؛ لاشتراكهما في المعنى ، ويلزم القائل بالصحّة هنا القول به ثَمَّ إن لم يكن دليل يخصّه .

مضافاً : إلى النصّ المعتبر هنا بالجواز صريحاً ، الذي يكون القول بالبطلان معه كالاجتهاد في مقابلته ، وهو صريح في الجواز ، بل لعلّه

---

(١) إرشاد الأذهان: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦.

(٢) انظر مختلف الشيعة: الهبات / في السكنى ج ٦ ص ٣٣٦، وجامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢٥، ومسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٢٩.

ظاهر فيه حتّى لو كانت العمرى في العقب الذي لا عادة بانتهائه ، ومن هنا أمكن الفرق بينهما بذلك إن لم ندّع اتّحاد الطريق ، أو يقال : بخروج ذلك بدليله إن كان .

والأولويّة التي ادّعوها في مسكن المعتدّة ـ باعتبار إمكان استثناء قدر يقطع بانقضاء العدّة قبله ـ في [1] المسالك : «إنّ مثله آتٍ في العمرى ، نظراً إلى العمر الطبيعي الذي لا يعيش المعمر بعده قطعاً أو عادةً ، ومن ثَمَّ يحكم بموت المفقود حينئذٍ ويقسّم ماله وتعتدّ زوجته عدّة الوفاة اتّفاقاً» [2] .

وإن كان قد يناقش في أصل ذكر الأولويّة المزبورة : بأنّ المنع إنّما هو مع فرض استثناء قدر العدّة المجهول ـ الدائر بين كونه ستّة وعشرين يوماً ولحظتين ، وخمسة عشر شهراً ، أو سنة ، أو تسعة أشهر ـ لا ما إذا فرض استثناء الزائد ؛ ضرورة القطع بجواز بيع العين المستأجرة مدّة معلومة .

↑ ج ٢٨ / ١٤٩

كما أنّه قد يناقش في النقض : بذلك ، وبأنّ العمرى قد لا يمكن فيها ذلك ، كما إذا كانت مقرونة بعمر العقب أيضاً .

فلا ريب في أنّ ذلك كلّه خروج عن وجه المسألة الذي هو بيع العين المستحقّ منفعتها زماناً مجهولاً باعتبار عود مثل هذه الجهالة للمبيع وعدمه ، ولا ريب في أنّ المتّجه الصحّة ، إلّا أن تكون المعاملة سفهيّة .

---

(١) في بعض النسخ: ففي.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٣٠.

نعم، يكون له الخيار مع الجهل بين الصبر مجّاناً إلى انقضاء المدّة وبين الفسخ لقاعدة الضرر، من غير فرق في ذلك بين بيعه على المعمَر وغيره، وإن قال في المسالك: «إنّه ربّما فرّق بينهما فيصحّ في الأوّل دون الثاني؛ نظراً إلى استحقاق المعمَر المنفعة ابتداءً واستمرار استحقاقه فتقلّ الجهالة، بخلاف غيره»[1].

وفيه: أنّ المعتبر من العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع إن كان ممّا ينافيه هذا الفائت منها بطل مطلقاً، وإلّا صحّ مطلقاً؛ لاختلاف الاستحقاقين، فلا يبنى أحدهما على الآخر، كما هو واضح.

بقي شيء: وهو أنّ المعمَر لو كان هو المشتري، ففي المسالك: «جاز له حينئذٍ بيع العين بجميع منافعها؛ لأنّها بأجمعها مملوكة له، ولا مانع من نقلها إلى غيره بوجه، وإن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة، فإنّ المانع لم يكن الجهالة، بل عدم جواز إفراد المنفعة بالبيع، وليس ببعيدٍ جواز الصلح عليها؛ لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، وصحّته على العين والمنفعة».

«فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره وجوّزناه جاز له أن يصالح المشتري على تلك المنفعة المستحقّة له مدّة عمره بمال معلوم، ويصير المشتري حينئذٍ مالكاً للجميع، كما لو كان هو المعمَر»[2].

وفيه أوّلاً: أنّ البيع لا يقع إلّا على العين، والمنفعة تكون تابعة للعين باعتبار تبعيّة النماء للأعيان في الملك، فمع فرض كون المنفعة

(١ و٢) المصدر السابق: ص ٤٢٩ و٤٣٠.

مستحقّة للمعمَر بعقد العمرى لا يصحّ تناول عقد البيع لها ؛ ضرورة عدم تبعيّتها للعين المملوكة بسبب الملك كما هو واضح ، وكذا في العين المستأجرة ونحوها .

وثانياً : أنّه لا يوافق ما سيأتي من عدم جواز إسكان الساكن غيره ، ولا إجارته للمسكن . اللّهمّ إلّا أن يحمل على عمرى مصرّح فيها بجواز النقل للغير ، والأمر سهل .

↑ ج ٢٨ / ١٥٠

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿إطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه﴾ هو ﴿وأهله وأولاده، ولا يجوز أن يُسكن غيرهم إلّا أن يشترط ذلك﴾ كما صرّح به جماعة[1]، بل في جامع المقاصد[2]: نسبته إلى الأكثر ، بل في المسالك[3] وغيرها[4]: نسبته إلى المشهور .

والظاهر إرادة ما في النافع[5] وغيره[6]: من أنّ إطلاقها يقتضي أن يسكن بنفسه ومن جرت عادته بإسكانه معه ؛ ولذا نسبه في التنقيح إلى

---

(١) كالشيخ في النهاية: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٣ ص ١٣١، وابن البرّاج في المهذّب: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٢ ص ١٠٢، وابن زهرة في الغنية: في الهبة ص ٣٠٢، والعلّامة في التحرير: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٣.

(٢) جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢٦.

(٣) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٣١.

(٤) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٣ ج ٣ ص ٢١٩، والحدائق الناضرة: الوقوف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩١.

(٥) المختصر النافع: كتاب الوقوف ص ١٥٩.

(٦) كتبصرة المتعلّمين: الهبات / الفصل الثاني ص ١٢٥، واللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٣ ج ٣ ص ٢١٩.

الشيخ والقاضي والمشهور، قال: «وعليه الفتوى»[١].

لكن قد يظهر من بعض المتأخّرين الخلاف بينهم في ذلك، حتّى أنّه في الكفاية قال: «اُلحق بأهله وولده من جرت العادة بإسكانهم، كالعبيد والإماء والخدم والمرضعة والضيف وغيرهم»[٢].

وفي غيرها[٣] عن جماعة[٤] أيضاً: إلحاق الدابّة إذا كان الموضع معدّاً لمثلها، وجواز وضع ما جرت العادة بوضعه من الأمتعة والغلّة.

وفي التنقيح: «يحرز من الغلّة قدر الحاجة»[٥].

والظاهر عدم الخلاف بينهم في ذلك، ومراد الجميع: أنّ المدار على ما يفهم عرفاً من مثل الإطلاق المزبور الذي هو كغيره من الخطابات العرفيّة، وليس هو إلّا سكناه نفسه وتوابعها.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا يجوز﴾ له ﴿أن يؤجر المسكن[٦]﴾ لغيره ﴿كما لا يجوز أن يسكن غيره﴾ بعارية ونحوها؛ ضرورة اقتضاء الإجارة ثبوت السلطنة على موردها، والفرض أنّ التمليك له قد وقع على وجه خاصّ.

---

(١) التنقيح الرائع: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٥.

(٢) كفاية الأحكام: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٥.

(٣) كمفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٥٠.

(٤) كالشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٩، والبحراني في الحدائق: الوقوف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩٣، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٩٠.

(٥) التنقيح الرائع: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٦) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: السكنى.

لكن في السرائر: «الذي يقتضيه أُصول المذهب أنّ له جميع ذلك وأنّ له إجارته وانتقاله وإسكان غيره معه سوى ولده وامرأته، سواء أذن له في ذلك أم لا؛ لأنّ منفعة هذه الدار استحقّها، وصارت مالاً من أمواله وحقّاً من حقوقه، فله استيفاؤها كيف شاء بنفسه وبغيره، وما أورده شيخنا في نهايته فلا شكّ أنّه خبر واحد قليلاً ما يورده أصحابنا في كتبهم، فشيخنا المفيد لم يورده في مقنعته، ولا السيّد المرتضى ولا المحصّلون من أصحابنا»[١].

قلت: لم نقف فيما وصل إلينا من النصوص على الخبر الذي ذكره كما اعترف به في الحدائق[٢]. ↑ ج ٢٨ / ١٥١

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه قول الصادق عليه السلام في خبري أبي الصباح والحلبي المتقدّمين[٣]: «ليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا» وزاد في أوّلهما: «ثمّ ترجع الدار على صاحبها» على معنى: إرادة عدم نقل المنفعة لهم وعدم إرثها، لا العين المعلوم فيها ذلك، بل ربّما كان في جعل ذلك جواباً للشرط في أحدهما إشعار بذلك.

ولا ينافيه نفي الإرث؛ إذ هو كذلك في مفروض البحث الذي هو: سكناه وسكنى عقبه مدّة عمر كلّ واحد منهم، ومع فرض موت أحدهما تنتهي السكنى فلا إرث.

---

(١) السرائر: الوقوف / باب العمرى والرقبى ج ٣ ص ١٦٩.

(٢) الحدائق الناضرة: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩٢.

(٣) في ص ٢٩٦ و٢٩٧.

ولولا ذلك لاتّجه كلام ابن إدريس ؛ ضرورة اقتضاء عقد السكنى وأُختيها ملك المنفعة التي هي السكنى ، والناس مسلّطون على أموالهم ، وكون مورد العقد سكناه لا يقتضي اختصاص تمليكه بمباشرته ، و«إلّا» لاقتضى ذلك في الإجارة للسكنى أو للركوب ... أو نحو ذلك ممّا كان المستأجر فيه مورداً لا شرطاً .

ودعوى[1] : ظهور عقد السكنى في ذلك ممنوعة كلّ المنع ، وأولى بذلك عقد العمرى والرقبى .

بل قد يقال : إنّ منافع الأعيان لا تتشخّص بفعل المستوفي لها ؛ ضرورة عدم كون فعله حينئذٍ من منافعها المملوكة له ، وإنّما الفعل مملوك لفاعله . نعم ، قد يكون ذلك بطريق الاشتراط كما في الإجارة .

بل لو قلنا بالتشخّص المزبور لم يتّجه الإرث في مورده ، بل لم يتّجه ملك الساكن الأُجرة «بإذن المُسكِن» لأنّ سكنى الغير حينئذٍ ليس ممّا انتقل إليه فلا يملك أُجرته ، فليس حينئذٍ إلّا دعوى أنّ الإيجاب هنا قد تحمّل تمليك السكنى واشتراط كون الساكن هو المستوفي .

وهي ـ كما ترى ـ لا يساعد عليها عرف ولا شرع ؛ إذ ليس الإيجاب هنا إلّا كغيره ممّا يراد منه نقل مورده إلى المخاطب ، وليس هو هنا إلّا منفعة الدار ، لا عمل الساكن أي سكونه الذي هو ليس من منافع الدار .

---

(١) كما في التنقيح الرائع : الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٥.

وبذلك يظهر لك وجه النظر الذي ذكره في المسالك، فإنّه ـ بعد أن حكى عن ابن إدريس ما سمعته، والجواب عنه: «بمنع ملكه لها مطلقاً، بل على الوجه المخصوص، فلا يتناول[1] غيره» ـ قال: «وفيه نظر»[2].

ج ٢٨ / ١٥٢

بل ويظهر لك النظر في أصل استدلال المشهور: «بأنّ الأصل عصمة مال الغير من التصرّف بغير إذنه، خرج من ذلك ما أذن فيه وهو سكناه بنفسه ومن في معناه، فيبقى الباقي على أصل المنع»[3]؛ ضرورة ابتناء ذلك على أنّ المفهوم من العاقد ذلك.

وحينئذٍ يكون النزاع مع ابن إدريس فيما يفهم منه عرفاً، فإن كان كما ذكره الشيخ وافقه ابن إدريس عليه، وإن كان العكس انعكس الحال، وقد سمعت من ابن إدريس رحمه الله أنّ مبنى منع الشيخ الخبر الذي أورده، لا الفهم من عبارة العاقد.

وبالجملة: إنّ كلمات هؤلاء المتأخّرين في غاية التشويش؛ إذ لا يمكن الجمع بين تعليلهم المزبور وقولهم: إنّ الأُجرة للساكن إذا أذن المالك، وقولهم بإرث حقّ السكنى فيما إذا كان الغاية عمر المالك، وبين قولهم: إنّه ملك على وجهٍ خاصّ.

نعم، يتمّ ذلك بناءً على أنّ هذه الخصوصيّة شرعيّة على نحو خصوصيّة الموقوف عليه ملك العين الموقوفة، وخصوصيّة ملك

---

(١) في بعض النسخ: يتناوله.

(٢) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٣١.

(٣) جامع المقاصد: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٩ ص ١٢٦.

أُمّ الولد... وغير ذلك ممّا ثبت من الشرع، ويبقى المطالبة في دليل هذه الخصوصيّة، وليس فيما نجد إلّا الخبران المزبوران.

ولكن يشكل الخروج بهما عن مقتضى القواعد مع عدم استدلال أحد من الأصحاب بهما على ذلك، اللّهمّ إلّا أن يقال: بكفاية عمل المشهور على ما يوافقهما، ولا ريب في أنّه أحوط.

﴿وإذا حبس فرسه﴾ مثلاً ﴿في سبيل الله تعالى﴾ شأنه ﴿أو غلامه في خدمة البيت أو المسجد، لزم ذلك، ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية﴾.

بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به الحلّي وغيره[1]، قال في المحكي من نوادر قضاء سرائره: «إذا كان الحبس على مواضع قرب العبادات مثل الكعبة والمشاهد والمساجد فلا يعاد إلى الأملاك، ولا تنفذ فيه المواريث؛ لأنّه بحبسه على هذه المواضع خرج عن ملكه عند أصحابنا بلا خلاف»[2].

مضافاً إلى ما تقدّم[3] من النصوص في الصدقة؛ المتضمّنة لعدم جواز الرجوع في كلّ ما يعطى لله (تعالى شأنه).

بل صريح ما سمعته من الحلّي نفي الخلاف في الخروج عن الملك

---

(١) كالبحراني في الحدائق: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩٥، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٢) السرائر: القضايا / باب النوادر ج ٢ ص ١٩٠.

(٣) في ص ٢٦٤ و٢٦٥ و٢٧٤.

ج ٢٨ / ١٥٣

فضلاً عن اللزوم.

ولكن في المسالك: «ظاهر العبارة أنّه لا يخرج عن ملك المالك؛ حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره مادامت العين باقية»[١].

وفيه: منع الظهور المزبور، ولعلّ السيرة قديماً وحديثاً في فرش المساجد والمشاهد المشرّفة ـ بناءً على أنّه منه ـ على ذلك، بل لعلّ قصد الحابس ذلك أيضاً، بل ربّما كان ثوب الكعبة ـ الذي قد تضمّنت النصوص جواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرّك من أيدي الخدمة[٢] ـ منه أيضاً.

بل قد يقال: إنّ مقتضى السيرة الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان، فلا يحتاج صحّته ـ بل ولا لزومه ـ إلى لفظ، فضلاً عن أن يكون عقداً محتاجاً إلى القبول من الناظر أو الحاكم.

لكن عن التحرير[٣] واللمعة[٤] وصيغ العقود[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] والمفاتيح[٨] والتذكرة[٩]: التصريح بكون الحبس عقداً، بل

---

(١) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤٣٢.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٦ من أبواب مقدّمات الطواف ج ١٣ ص ٢٥٧.

(٣) تحرير الأحكام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢١.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧.

(٥) صيغ العقود (آثار الكركي): السكنى والرقبى ج ٥ ص ٦٩.

(٦) مسالك الأفهام: كتاب السكنى والحبس ج ٥ ص ٤١٧ و٤٣٢.

(٧) الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٩.

(٨) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٠ ج ٣ ص ٢١٦.

(٩) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٥٠ (الطبعة الحجرية).

قيل: «إنّه ظاهر الباقين»[١].

ويمكن إرادتهم غير المفروض؛ إذ قد عرفت فتوى المشهور في الوقف بعدم الاحتياج إلى القبول فضلاً عن الحبس، وإن كان قد سمعت المناقشة فيه منّا.

وأمّا القبض: فعن التذكرة[٢] واللمعة[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥]: اعتباره في الحبس.

لكن قد سمعت سابقاً في الوقف وفي الصدقة أنّ أقصى ما تقتضيه الأدلّة اعتباره في اللزوم ـ دون الصحّة ـ فضلاً عنه، فإنّه لا دليل على اعتباره فيه، اللّهمّ إلّا أن يستفاد من فحوى ما دلّ عليه في الوقف المنقطع، وممّا دلّ عليه في الصدقة فيما كان منهما متمّماً بعدم القول بالفصل.

نعم، الظاهر عدم اعتبار نيّة القربة في صحّته؛ لما عرفته سابقاً في الوقف وفي السكنى من أصالة عدم الاشتراط وغيرها، خلافاً للمحكي عن المقنعة[٦] والنهاية[٧] والوسيلة[٨] والتحرير[٩] وجامع المقاصد[١٠]

---

(١) مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٥٤.

(٢ ـ ٥) تقدّم المصدر آنفاً.

(٦) المقنعة: الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٦.

(٧) النهاية: الوقوف / باب السكنى والعمرى ج ٣ ص ١٣١.

(٨) الوسيلة: بيان العمرى والرقبى ص ٣٨٠.

(٩) تحرير الأحكام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٣.

(١٠) جامع المقاصد: الوقف / في السكنى والحبس ج ٩ ص ١٢٧.

والتذكرة[١].

ثمّ إنّ الظاهر أنّه كالوقف بالنسبة إلى الموقوف والموقوف عليه، كما عن المقنعة[٢] والنهاية[٣] والمهذّب[٤] والوسيلة[٥] وجامع الشرائع[٦] والتحرير[٧] وغيره من كتب المتأخّرين[٨]، بل لعلّ حكمهم في الوقف المنقطع الآخر بأنّه حبس ظاهر أو صريح في ذلك.

↑ ج ٢٨ / ١٥٤

وربّما كان هذا هو السبب في عدم استقصائهم الكلام في عقده وشرطه ومورده والمحبوس عليه... ونحو ذلك.

بل لعلّ النصوص أيضاً كذلك؛ فإنّا لم نعثر فيه إلّا على:

صحيح ابن أُذينة قال: «كنت شاهداً لابن أبي ليلى، فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقّت وقتاً، فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبي ليلى، وحضر قرابته التي جعل لها غلّة الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمّد بن مسلم الثقفي: أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمّد بن

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوقف / في السكنى والعمرى ج ٢ ص ٤٤٨ (الطبعة الحجرية).

(٢ و٣) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٤) المهذّب: الوقوف / في الوقف المشاع ج ٢ ص ٩٣.

(٥) الوسيلة: الوقوف / بيان الوقف، وبيان العمرى والرقبى ص ٣٧٠ و ٣٨٠.

(٦) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٨.

(٧) تحرير الأحكام: الوقوف / في السكنى والحبس ج ٣ ص ٣٢٣.

(٨) كالروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٩، وكفاية الأحكام: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٠ ج ٣ ص ٢١٦.

عليّ عليهما السلام يقول: قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبيس وإنفاذ المواريث، فقال ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل إليه وائتني به، فقال محمّد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلّا في ذلك الحديث، فقال: لك ذلك، فأحضر الكتاب فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام، فردّ قضيّته»[١].

وخبر عبد الرحمن الجعفي[٢] قال: «كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا لنقسّمها وكان فيها حبس، فكان يدافعني، فلمّا طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه السلام، فقال: أو ما علم أنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله أمر بردّ الحبيس وإنفاذ المواريث؟! قال: فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل، فقلت: شكوتك إلى جعفر بن محمّد عليهما السلام فقال كيت وكيت، قال: فحلّفني ابن أبي ليلى أنّه قد قال ذلك؟ فحلفت له، فقضى لي بذلك»[٣].

والمكاتبة عن عليّ بن معبد قال: «كتب إليه محمّد بن أحمد بن إبراهيم سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلّف امرأة وبنين وبنات، وخلّف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين، ثمّ هو حرّ بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرّون إذا

---

(١) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٧ ج ٧ ص ٣٤، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوقف والصدقة ح ٥٥٨١ ج ٤ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب السكنى والحبيس ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٣.

(٢) في الكافي: الخثعمي.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٢٨ ص ٣٥، و«الفقيه»: ح ٥٥٨٢ ص ٢٤٦، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٢٢٤.

كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك؟ فكتب عليه السلام: لا يبيعوه إلى ميقات شرطه، إلّا أن يكونوا مضطرّين إلى ذلك فهو جائز لهم»[١] بناءً على إرادة الحبس من الوقف فيه.

ج ٢٨ / ١٥٥

وكذا خبر محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال»[٢].

وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل له الخادمة تخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة، فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت»[٣].

وعلى كلّ حال، فممّا سمعت يظهر الوجه فيما ذكره المصنّف وغيره[٤] بقوله: ﴿أمّا لو حبس شيئاً على رجل﴾ مثلاً ﴿ولم يعيّن وقتاً، ثمّ مات الحابس، كان ميراثاً﴾ كما دلّ عليه الخبران الأوّلان، بل لا أجد فيه خلافاً، بل الإجماع بقسميه عليه[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٢٨ ج ٩ ص ١٣٨، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب السكنى والحبيس ح ٣ ج ١٩ ص ٢٢١، وانظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٥٥٨٠ ص ٢٤٥.

(٢) تقدّم في ص ٣١٤.

(٣) تقدّم في ص ٣١٤.

(٤) كالعلّامة في الإرشاد: العطايا / في الصدقة والحبس ج ١ ص ٤٥٦، والشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ٢٠٠، والسبزواري في الكفاية: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٦.

(٥) ينظر مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٠ ج ٣ ص ٢١٧، والحدائق الناضرة: الوقف / في ←

﴿وكذا لو عيّن مدّة﴾ ولو عمر أحدهما ﴿وانقضت، كان ميراثاً لورثة الحابس﴾ بلا خلاف [١] ولا إشكال في ذلك، ولا في لزومه إليها.

لعموم «أوفوا...» [٢]، و«المؤمنون...» [٣]، وخبر محمّد بن مسلم وسابقه [٤] بناءً على أنّهما من الحبس.

ولا ينافيه إطلاق الخبرين المزبورين المحمولين على الحبس المطلق، خصوصاً وفي سؤال أحدهما ذلك. على أنّ التعارض بينهما وبين ما ذكرنا من وجه، ولا ريب في أنّ الترجيح لذلك ولو لفتوى الأصحاب.

إنّما الكلام في لزوم الأوّل إلى موت الحابس وجوازه:

ففي القواعد: «إن لم يعيّن كان له الرجوع متى شاء» [٥]. ومال إليه بعض من تأخّر عنه [٦].

ولعلّه لكونه حينئذٍ كالسكنى المطلقة ـ بناءً على أنّ جوازها للقاعدة ـ باعتبار عدم اقتضاء عقدها إلّا الطبيعة التي تتحقّق

← الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩٥، ورياض المسائل: الوقف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٩٥.

(١) كما في المفاتيح والرياض: (انظرهما في الهامش السابق).

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تقدّم في ص ١٨٢.

(٤) تقدّما آنفاً.

(٥) قواعد الأحكام: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢ ص ٤٠٤.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: الوقوف / في السكنى وتوابعها ج ٢ ص ٢٦، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في اللواحق ج ١٠ ص ١٩٥.

في [1] المسمّى.

وفيه: أنّ ذلك لما سمعته من النصّ، وإلّا فمقتضى العقد اللزوم وصيرورة السكنى مطلقاً ملكاً له؛ إذ ليست هي إلّا شيئاً متّحداً، والتعدّد إنّما يكون في استيفائها، وقد ملكت بالعقد، إلّا أنّ النصّ المزبور كشف عن أنّ الحكم فيها شرعاً ذلك، فلا يقاس عليها الحبس خصوصاً بعد ظهور الفرق بينهما: بعدم انسياق احتمال إرادة ذلك فيه، بل مقتضى عقده حصول الحبس في المحبوس الذي يحتاج إلى دليل شرعي في فكّه، والوقت ليس من مقوّماته.

ج ٢٨ / ١٥٦

ومن هنا ذهب وهْم ابن أبي ليلى إلى لزومه وعدم تغييره بموت الحابس [2]، ولولا قول رسول الله صلى الله عليه وآله وقضاء عليّ عليه السلام بردّ الحبيس وإنفاذ المواريث [3] لكان متّجهاً، بل قد يدّعى ظهور الخبرين المزبورين في لزومه إلى موت الحابس، بل لعلّه مقتضى التدبّر في عبارة اللمعة أيضاً [4].

وربّما يشهد لما ذكرنا: حكمهم بلزوم الوقف المنقطع الآخر إلى موت الموقوف عليهم، فيرجع إلى ورثة الواقف حينئذٍ، وما هو إلّا لاقتضاء عقد الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة، المقتضي دوامه ولو بالاستصحاب، بل مقتضاه صيرورة المنفعة إرثاً، إلّا أنّ النصوص

(١) في بعض النسخ بدلها: بـ.

(٢ و٣) كما في خبري ابن أُذينة وعبدالرحمن الجعفي المتقدّمين في ص ٣٢٨ و٣٢٩.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧.

السابقة صرّحت برجوعه إلى الورثة .

ومنه يعلم : قوّة ما تقدّم منّا[١] من كون الوقف المنقطع قسماً من الوقف مشروعاً في نفسه ، لا أنّه حبس كما ذكروه ؛ وإلّا لاقتضى بطلانه بموت الحابس ـ نحو ما سمعته هنا في الحبس المطلق ـ لا موت المحبوس عليه ، بل وكان جائزاً على ما ذهب إليه الفاضل ومن تبعه ، مع أنّه لا خلاف عندهم في لزوم الوقف المنقطع إلى موت الموقوف عليه .

اللّهمّ إلّا أن يحمل كلامهم هناك على ما إذا علم إرادة الوقف ما دام الموقوف عليه حيّاً ، فلا ينافيه حينئذٍ ما ذكروه في الحبس المطلق ؛ إذ هو بناءً على كلامهم من الحبس المعلّق على مدّة .

إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة اكتفائهم في انقطاع الوقف بنحو قول الواقف : «وقفته على زيد» من دون ذكر شيء آخر ، هذا .

وربّما كان ظاهر المحكي عن التنقيح[٢] وإيضاح النافع[٣] كون الحبس المطلق كالوقف المنقطع في العود إلى المالك بموت المحبوس عليه ، لا الحابس ، إلّا أنّه خلاف المشهور ، وخلاف ما دلّ عليه الخبران المزبوران .

وعلى كلّ حال ، ربّما يؤيّد ما ذكرناه : إطلاقهم اللزوم في المحبوس

---

(١) في ص ١٢١...

(٢) التنقيح الرائع: الوقف / في اللواحق ج ٢ ص ٣٣٧.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوقوف / في السكنى والصدقة ج ٢٢ ص ٦٤.

على القُرَب من غير تقييد ذلك بما إذا قرنه بمدّة عمر المحبوس، بل ظاهرهم الاكتفاء بلزومه بمجرّد الحبس على الأماكن المخصوصة. ↑ ج ٢٨ / ١٥٧ اللّهمّ إلّا أن يدّعى ظهور ذلك في إرادة الدوام، وفيه منع.

ودعوى: خروج ذلك عن الفرض ـ من حيث نيّة القربة فيه ـ يدفعها: أنّه لا تقتضي إلّا اللزوم في مقتضى العقد؛ إن دائماً فدائماً، وإن مقيّداً فمقيّداً، فلو حبسه ـ مثلاً ـ في سبيل الله تعالى سنة لم يلزم في غيرها.

بل الظاهر عدم خروجها عن الملك بذلك وإن قلنا به في المطلق؛ لعدم السيرة فيه، فيبقى حينئذٍ على حكم غيره من أفراد الحبس؛ إذ لا خلاف في بقائه على ملك مالكه.

وبذلك كلّه بان لك أكثر أحكام الحبس، وإن أشكلت على بعض ↑ الناس[1] لعدم استيفاء الأصحاب لها، إلّا أنّك قد عرفت إيكالهم جملة ج ٢٨ / ١٥٨ منها إلى الوقف والسكنى وأُختيها، والله هو العالم.

---

(١) كالبحراني في الحدائق: الوقف / في الحبس والسكنى ج ٢٢ ص ٢٩٥.

كتاب

الهبات

﴿كتاب الهبات﴾

التي جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها، وإلّا فهي حقيقة واحدة كالبيع ونحوه؛ ولذا عبّر الأكثر بها موحّدة[1].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿النظر﴾ فيها ﴿في الحقيقة والحكم﴾:

أمّا الأوّل

فحقيقة ﴿الهبة: هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكاً منجّزاً مجرّداً عن القربة﴾ أو الأثر الحاصل منه ولو بالمعاطاة، أو فعل الواهب، كما تقدّم نظير ذلك؛ إذ الظاهر كون المسألة من وادٍ واحد.

لكن في الرياض هنا: «أنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على اعتبار العقد القولي، كما يظهر من الكفاية، وصرّح به في المسالك»[2].

---

(١) النهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٣، الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٥، قواعد الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٤٠٥، الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٥.

(٢) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٠٤.

وفيه : أنّ ما ذكر سنداً للمعاطاة في غيرها ـ من دعوى السيرة القطعيّة ـ متحقّق في المقام ، كتحقّق صدق الهبة عليها بدون العقد ، فلا محيص حينئذٍ :

عن القول بمشروعيّتها هنا بناءً على مشروعيّتها هناك لذلك .

وعن حمل كلام المصنّف ونحوه على إرادة بيان أنّها من قسم العقود لا الإيقاعات ـ وإن تحقّقت بما يتضمّن معنى الإيجاب والقبول من الأفعال ـ أو على بيان القسم العقدي منها ، كما تسمع تتمّة لذلك إن شاء الله .

وحينئذٍ فالعقد بمنزلة الجنس الشامل لسائر العقود ، الذي يخرج به الفعل الدالّ على ذلك والمقتضي له كنثار العرس وحيازة المباح ، والموت المقتضي للتمليك بالإرث ... ونحو ذلك .

↑ ج ٢٨ / ١٥٩

كما أنّه خرج بقوله : «تمليك العين» نحو العارية والإجارة والسكنى والرقبى والعمرى ... ونحوها ممّا تقتضي تمليك المنفعة أو إباحتها .

وبقوله : «من غير عوض» البيع ونحوه .

وبقوله : «منجّزاً» الوصيّة بالأعيان .

وبقوله : «مجرّداً عن القربة» الصدقة ، بل والوقف بناءً على اعتبارها فيه ، إلّا أنّك قد عرفت أنّ الأصحّ عدم شرطيّتها فيه فينتقض التعريف .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّه بناءً على اقتضائه نقل العين ليس بملك تامّ ، وهو المنساق من لفظ التمليك .

نعم، ينتقض بالهبة المعوّضة ولو بالقربة. وقد يدفع[1]: بأنّ المراد من قوله: «من غير عوض» و«مجرّداً عن القربة» عدم لزوم ذلك فيها، لا عدم اتّفاق حصوله فيها، كما أنّ المراد من اقتضائه التمليك ما لا ينافي توقّفه على أمر آخر كالقبض، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿قد يعبّر عنها بالنِّحلة والعطيّة﴾ وإن كانا هما أعمّ منها؛ ضرورة صدقهما على مطلق العطاء المتبرّع به الشامل للوقف والصدقة وغيرهما.

كما أنّ الهبة أعمّ من الصدقة والهديّة بناءً على ما سمعته سابقاً[2] من التذكرة والمسالك مفرّعين عليه: البرء بهما فيما لو نذر الهبة دون العكس مطلقاً، والحنث بهما فيما لو حلف أن لا يهب فتصدّق أو أهدى ـ دون العكس ـ بتقدير فعله فرداً منها خارجاً.

وإن كان قد عرفت النظر فيه منّا بالنسبة إلى الصدقة والهبة، فلاحظ وتأمّل.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هي﴾ بمعنى العقد ﴿تفتقر إلى: الإيجاب والقبول والقبض﴾ بالنسبة إلى صحّتها وترتّب الأثر عليها.

﴿فالإيجاب: كلّ لفظ﴾ أو ما قام مقامه نحو إشارة الأخرس ﴿قصد به التمليك المذكور﴾ وكان صالحاً للدلالة عليه بحسب التحاور ﴿كقوله مثلاً: وهبتك وملّكتك﴾ ونحوهما، من غير فرق بين

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٨.

(٢) في ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

صيغة الماضي وغيره، فيكفي مثل قوله: «هذا لك» قولاً واحداً كما في الرياض[١] وغيره[٢].

وهو مؤيّد لما قلناه سابقاً: من عدم اعتبار اللفظ المخصوص في العقود اللازمة فضلاً عن الجائزة، كما أوضحناه سابقاً، هذا.

ولكن في المسالك ـ بعد أن حكى عن ظاهر الأصحاب الاتّفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة ـ قال: «فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهديّة من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك، بل مجرّد الإباحة، حتّى لو كان جارية لم يحلّ الاستمتاع بها؛ لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع».

↑ ج ٢٨ / ١٦٠

«قال الشيخ في المبسوط: وإن أراد الهديّة ولزومها وانتقال الملك منه إلى المُهدىٰ إليه الغائب، فليوكّل رسوله في عقد الهديّة معه، فإذا مضى وأوجب له وقبل المُهدىٰ إليه وأقبضه إيّاها لزم العقد، وملك المُهدىٰ إليه الهديّة».

«ونحوه قال في الدروس، وجعل عدم اشتراط الإيجاب والقبول احتمالاً»[٣].

واختلف كلام الفاضل: ففي القواعد جزم باعتبار الإيجاب والقبول والقبض فيها[٤]، وفي محكيّ التحرير قرّب في أوّل الباب

---

(١) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٠٤.

(٢) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٢ ج ٣ ص ٢٠١.

(٣) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٠.

(٤) قواعد الأحكام: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٥.

عدم استغنائها عن الإيجاب والقبول، عملاً بالإذن المستفادة من العادة[1]، وقال في آخر كلامه نحو ما في المبسوط[2]، ثمّ قال: ولو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً؛ لقضاء العادة بقبول الهدايا من غير نطق[3].

وظاهر المحكي عن التذكرة عدم احتياجها إليهما؛ لأنّه حكى عن قوم من العامّة: أنّه لا حاجة في الهديّة إلى ذلك، بل البعث من المُهدي كالإيجاب، والقبض من المُهدىٰ إليه كالقبول؛ لأنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها[4]، ولا لفظ هناك، واستمرّ الحال من عهده إلى هذا الوقت من سائر الأصقاع، ولهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم.

ثمّ قال: «ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة، واعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك إباحة لا تمليك، وأُجيب: بأنّه لو كان كذلك لما تصرّفوا فيه تصرّف الملّاك، ومعلوم أنّ النبيّ ﷺ كان يتصرّف فيه ويملّكه غيره. ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال والأخذ؛ جرياً على العادة بين الناس».

---

(١) تحرير الأحكام: الهبة / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٧٣.

(٢) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٥.

(٣) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٥.

(٤) وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب أحكام الدواب ح ٢ ج ١١ ص ٤٩٥، مسند أحمد: ج ٣ ص ٢٣٤ و٢٥١، سنن أبي داود: ح ١٥٥ ج ١ ص ٣٩، وح ٤٠٣٤ ج ٤ ص ٤٤، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٦ ج ٧ ص ٦٩٩.

إلى أن قال: «والتحقيق: مساواة غير الأطعمة لها، فإنّ الهديّة قد تكون غير طعام، فإنّه قد اشتهر هدايا الثياب والدوابّ من الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فإنّ مارية القبطيّة أُمّ ولده كانت من الهدايا[1]»[2].

وفي جامع المقاصد: «إنّه قويّ متين»[3].

وفي المسالك: «هو حسن». لكن قال: «ومع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل ويبيح التصرّف والوطء، ولكن يجوز الرجوع فيها قبله؛ عملاً بالقواعد المختلفة، وهي أصالة عدم اللزوم مع عدم تحقّق عقد يجب الوفاء به، وثبوت جواز التصرّف فيها، بل وقوعه ووقوع ما ينافي الإباحة وهو الوطء وإعطاؤه الغير».

↑ ج ٢٨ / ١٦١

«فقد وقع ذلك للنبيّ صلى الله عليه وآله في مارية أُمّ ولده[4]، وقد كان يُهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته[5] وغيرهنّ[6][7]، وأُهدي إليه حلّة فأهداها لعليّ عليه السلام[8]، من غير أن ينقل عنه قبول لفظي ولا عن الرسل إيجاب كذلك مقارن له».

(١ و٤) قرب الاسناد: ح ٢٩ ص ٩، المستدرك (للحاكم): ج ٤ ص ٣٨، تفسير الثعلبي: ج ٩ ص ٣٤٤، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ١ ص ١٣٤ ـ ١٣٥، السيرة النبويّة (لابن كثير): ج ٣ ص ٥١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٥ (الطبعة الحجرية).

(٣) جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٤٢.

(٥) الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٨ ص ١٨٨، فتح الباري: ج ٩ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

(٦) في بعض النسخ ـ مطابقاً للمصدر ـ: وغيرهم.

(٧) المستدرك (للحاكم): ج ٣ ص ١١٨، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٨ ص ٤٠، الكامل (لابن عدي): ذيل رقم ١٢٩٨ ج ٥ ص ١٣٧.

(٨) سعد السعود: ص ٩٠، بحار الأنوار: تاريخ فاطمة / باب ٣ ذيل ح ٦٣ ج ٤٣ ص ٧٦.

«وهذا كلّه يدلّ على استفادة الملك في الجملة لا الإباحة، ولا ينافي جواز الرجوع بها ما دامت العين باقية»[١].

قلت: قد عرفت القول بمشروعيّة المعاطاة في الهبة وغيرها من العقود ـ إلّا ما خرج ـ فضلاً عن الهديّة، وأنّها تفيد مفاد العقد في الملك؛ لاندراجها في الاسم وإن لم تكن عقداً، إلّا أنّهم اعتبروا فيها جميع ما يعتبر في العقد سوى اللفظ، وحينئذٍ يشكل في الفرض دعوى كونها منها؛ ضرورة عدم المقارنة بين الفعلين المنزّلين منزلة الإيجاب والقبول المقصود بهما الإنشاء.

نعم، بناءً على التوسّع بالنسبة إلى ذلك في المعاطاة فيتّجه كونها حينئذٍ منها، بل وكذا في معاطاة كلّ عقد.

أمّا على عدمه فلا محيص حينئذٍ عن دعوى مشروعيّته قسماً آخر من الهديّة ـ مثلاً ـ مستقلّاً برأسه خارجاً عن العقد والمعاطاة؛ لمكان السيرة القطعيّة التي هي الأصل في مشروعيّة المعاطاة، فالفرض مثلها حينئذٍ، ولعلّه أومأ إليه بقوله: «كالمعاطاة». بل ينبغي التزامه في غير المقام ـ حتّى البيع وشبهه ـ بناءً على اندراج هذا القسم وإن لم يكن معاطاة في اسمه.

وأمّا إذا فرض مشروعيّته بالسيرة وعدم اندراجه في الاسم، فلابدّ من القول باستقلاله بنفسه، وإن شابه معاطاة كلّ عقد في المفاد، ولزومه وجوازه يتبع الأدلّة من استصحاب الملك ونحوه. إنّما الكلام

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١١ ـ ١٢.

في أصل مشروعيّته وترتّب الأثر عليه من الملك وغيره: فهو كذلك في الهديّة وغيرها.

ومن الغريب ما في ظاهر الرياض: من عدم مشروعيّة المعاطاة في الهبة لشبهة الاتّفاق المزبور، ومشروعيّتها في خصوص الهديّة لما عرفت[1]، وكأنّه لم يسرّح نظره في أطراف المسألة، بل اقتصر على بعض الكلمات الموهمة لذلك في المقام وفي غيره، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

ج ٢٨ / ١٦٢

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لا يصحّ العقد﴾ أو ما يقوم مقامه ﴿إلّا من بالغ كامل العقل جائز التصرّف﴾ على حسب ما مرّ غير مرّة من تفصيل الحال في ذلك كلّه بالنسبة إلى غيره من العقود، فلاحظ.

﴿ولو وهب ما في الذمّة، فإن كان[2] لغير من عليه الحقّ لم يصحّ على الأشبه﴾ بأصالة عدم الانتقال وغيرها، والأشهر[3] بل المشهور[4] ﴿لأنّها مشروطة بالقبض﴾ وما في الذمّة يمتنع قبضه، ودعوى[5] إمكانه ـ بقبض أحد جزئيّاته ـ يدفعها: أنّ الموهوب الماهيّة، وهي غير الجزئيّات قطعاً.

---

(١) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: كانت.

(٣) كما في كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٧.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٤، والحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٠٦.

(٥) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٤ ج ٣ ص ٢٠٣.

وصحّة بيعه ـ مع معلوميّة اشتراط صحّته بالقدرة على التسليم ـ لمعلوميّة الاكتفاء فيها بما تتحقّق به المعاوضة ، وتحقّقها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض أفراد الماهيّة المعدود أحد العوضين ، ويدخل في ملك المشتري من غير توقّف على قبض ، ثمّ يستحقّ المطالبة بالإقباض .

بخلاف المقام الذي لا شكّ في مدخليّة الإقباض في حصول الملك فيه ، فلابدّ أن يقبض الواهب الدين ثمّ يقبضه المتّهب ، فامتنع نقله إلى ملك المتّهب حين هو دين ، وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب ؛ لانتفاء الملك ، وبقبض الواهب يحدث الملك له ، فيمتنع تقدّم إنشاء الهبة عليه ؛ إذ يكون هبته حينئذٍ جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيع وغيره ، وذلك غيرجائز قطعاً ، وإلّا لصحّ تمليك ما سيشتريه ويحتطبه ويحتشّه ؛ ومن ثَمَّ لم يصحّ هبة موصوف في الذمّة وصحّ بيعه .

ولكن قد يناقش في ذلك كلّه : بمعلوميّة كون التحقيق في محلّه أنّ وجود الكلّي الطبيعي عين وجود أفراده ، وبذلك جاز نقله بالبيع ـ المشروط بالقدرة على التسليم ـ وغيره من النواقل التي منها الهبة .

ولا يقدح الفرق : باستحقاق المبيع من دون القبض بخلاف الهبة ؛ لأنّا لا نحكم بصحّة الهبة حينئذٍ إلّا بعد القبض ، كما لا نحكم بصحّتها لو تعلّقت بعين خاصّة إلّا بعد قبضها ، وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهيّة الذي وجوده عين وجود الكلّي . وقبض الواهب له إنّما يفيد تعييناً له من بين الأفراد ، لا أنّه يحدث ملكاً جديداً .

↑ ج ٢٨ / ١٦٣

بل التأمّل الصادق يقتضي عدم الفرق بين المقام وبين هبة المشاع الذي هو كلّي أيضاً، فلو وهبه كذلك ثمّ عيّنه الواهب ودفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال في صحّته ـ لعموم الأدلّة ـ فكذلك المقام.

هذا كلّه مع إرادة قبض الشخصي [١] فيه، أمّا إذا وهبه كلّيّاً ـ لأنّه مال مملوك له متحقّق؛ ولذا جاز جريان غير الهبة عليه من النواقل ـ ثمّ أراد إقباضه على كلّيّته ـ بأن أذن للموهوب بقبضه على وجه التقاصّ بينه وبين من عليه الدين، إذا فرض كون الموهوب مديوناً لمن عليه الدين بقدره، ولا قائل بالفرق ـ فلا إشكال فيه حينئذٍ.

كلّ ذلك، مضافاً إلى ما يشعر به صحيح صفوان: «سألت الرضا عليه السلام: عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه، فقال له: ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة، يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له؟ قال: نعم، يكون وهبه له ثمّ نزعه فجعله لهذا» [٢] من صحّة هبته، وإنّما جاز له نزعه منه لعدم حصول القبض، وإطلاق لفظ النزع باعتبار إيجاد عقد الهبة الذي هو جزء السبب المملّك.

ومن ذلك يظهر لك [٣]: أنّ حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من

---

(١) في بعض النسخ: الشخص.

(٢) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٢٦ ج ٩ ص ١٥٧، الاستبصار: الوقوف/ باب ٦٦ من وهب لولده الصغار ح ٤ ج ٤ ص ١٠٦، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٣٠.

(٣) ليست في بعض النسخ.

طرحه، ورميه بالندور، وتأويله: بإرادة المجاز من إطلاق الهبة بمعنى العزم عليها... ونحو ذلك.

كما أنّه ظهر لك منه: قوّة القول بالصحّة، كما عن المبسوط[١] والسرائر[٢] والمختلف[٣] وغيرها[٤]، وفي المسالك: «أنّه متّجه»[٥]، بل عن المبسوط: «أنّه الذي يقتضيه مذهبنا»[٦]، ولعلّه لذا ترك الترجيح في محكيّ التذكرة[٧] والإيضاح[٨] والدروس[٩].

هذا كلّه في هبة الدين لغير من هو عليه.

﴿وإن كانت له صحّ﴾ بلا خلاف أجده فيه[١٠]، بل في بعض كتب مشايخنا: «ظاهرهم الاتّفاق عليه»[١١].

↑ ج ٢٨ / ١٦٤ ولعلّه لصحيح معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا»[١٢].

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٤.

(٢) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٦.

(٣) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٧.

(٤) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٤ ج ٣ ص ٢٠٣.

(٥) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٤.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٧ (الطبعة الحجرية).

(٨) إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١١.

(٩) الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٦.

(١٠) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٠٧.

(١١) مفتاح الكرامة: الهبة / في أركانها ج ٢٢ ص ١٠٣.

(١٢) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ١٣ ج ٧ ص ٣٢، تهذيب الأحكام: ←

ولا ينافيه صحيحه الآخر عنه [عليه السلام] أيضاً: «رجل كانت عليه دراهم لإنسان، فوهبها له ثمّ رجع فيها، ثمّ وهبها له[١] ثمّ هلك؟ قال: هي للّذي وهب له»[٢]؛ إذ الرجوع بعد الهبة إنّما كان في كلام السائل.

مضافاً إلى عموم الأدلّة، التي لا ينافيها ما دلّ على اعتبار القبض في الهبة؛ إذ الموهوب هنا مقبوض للموهوب له باعتبار كونه في ذمّته، فهو حينئذٍ كهبة ما في يده، بل أقوى؛ ولذا لم يجز الرجوع فيها، ضرورة اقتضاء صحّتها سقوط المال عن ذمّته؛ لعدم تعقّل ملك الإنسان على نفسه شيئاً، نحو غيرها من أسباب النقل كبيع الدين على من هو عليه وغيره، فيكون ذلك بمنزلة تلف المال الموهوب الذي هو ملزم للهبة.

﴿و﴾ من هنا قال المصنّف: ﴿صرفت إلى الإبراء﴾ على معنى اتّحادها معه في المفاد، لا أنّ المراد بلفظ الهبة الإبراء، فإنّ ذلك خارج عن المقام الذي هو هبة ما في الذمّة، ومن المعلوم أنّها من أسباب التمليك كالبيع ونحوه لا الإسقاط، ولكنّها تفيد مفاد الإبراء بالطريق الذي عرفت.

ومن هنا كان المتّجه اعتبار القبول فيها ﴿و﴾ إن قلنا: إنّه

← الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٦ ج ٩ ص ١٥٤، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٢٩.

(١) في المصدر بعدها إضافة: ثمّ رجع فيها ثمّ وهبها له.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٥ ص ١٥٥، و«الوسائل»: ح ٢.

﴿لا يشترط في الإبراء القبول على الأصحّ﴾ وفاقاً للأكثر [١] بل المشهور [٢]، وخلافاً للمحكي عن الغنية [٣] والسرائر [٤]، بل والمبسوط [٥]، وإن كنّا لم نتحقّقه، بل المحكي عنه: التصريح بكون الأقوى عدم الاشتراط وإن كان الاشتراط قويّاً أيضاً [٦]، كالراوندي في فقه القرآن [٧].

وعلى كلّ حال فالمذهب الأوّل؛ لصدق الاسم بدونه، ولأنّه إسقاط، ولذا عبّر عنه بالعفو في قوله تعالى: «إلّا أن يَعفون...» [٨] إلى آخره، وللنصوص المتشتّتة [٩] في إبراء المديون حيّاً ـ مع عدم حضوره ـ وميّتاً [١٠]... ولغير ذلك.

لكنّ المقام من العقود التي لابدّ فيها من القبول، وإن كان [١١] هي بعد تمامها تفيد مفاد الإبراء، كالصلح وبيع الدين على من هو عليه.

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٥.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٠٨.

(٣) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

(٤) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٦.

(٥ و٦) حكاه عن «المبسوط» في إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٠، وانظر المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٤.

(٧) فقه القرآن: الهبة وأحكامها ج ٢ ص ٢٩٥.

(٨) سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

(٩) في بعض النسخ بدلها: المتكثّرة.

(١٠) وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب الدين والقرض ح ١، وباب ١٤ منها، وباب ٢ و٣ من كتاب الضمان ج ١٨ ص ٣١٩ و٣٤٦ و٤٢٢ و٤٢٣.

(١١) في بعض النسخ: كانت.

وبذلك ظهر لك حقيقة الحال على وجهٍ لا يخفى عليك التشـويش في جملة من كلماتهم التي :

ج ٢٨ / ١٦٥

بعضها ظاهر في كون البحث في التعبير عـن الإبـراء بـلفظ الهـبة . ومن المعلوم خروج ذلك عمّا نحن فيه ؛ إذ هو بحث آخر مـبنيّ عـلى عدم اشتراط لفظ مخصوص في الإبراء بل يكفي كلّ ما دلّ عـليه مـن حقيقة أو مجاز .

وبعضها ظاهر في أنّه من الهبة ، ولكنّ هذا القسم من الهبة لا يحتاج إلى القبول ؛ لأنّها كالإبراء وهو لا يحتاج إليه . وفيه : أنّ ظـاهر النـصّ والفتوى كون الهبة قسماً واحداً ، وأنّها من قسم العقود .

وثالث جعلها من قسم الإبراء ، وبنى مسألة القـبول عـلى احـتياج الإبراء إليه وعدمه ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

﴿ولا حكم للهبة﴾ من ملك وغيره ﴿ما لم يقبض[١]﴾ الموهوب ، على ما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في جامع المقاصد[٢] ، وعليه المتأخّرون إلّا الفاضل في المختلف والشهيد[٣] في الدروس[٤] ،

---

(١) في نسخة الشرائع: ما لم تقبض.

(٢) جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٤٨.

(٣ و ٤) وجود كلمة «والشهيد» غير مناسب من ثلاث جهات، الأُولى: أنّه إمّا مائل إلى اشتراط القبض أو متوقّف، وظاهر العبارة يعطي العكس. الثانية: أنّ ما قبل هذه العبارة وما بعدها في مقام نقل الإجماعات والشهرات لا في مقام نـقل الأقـوال. الثـالثة: أنّ عـبارة الشـهيد فـي الدروس هي: «اختاره المتأخّرون إلّا الفاضل في المـختلف». فـالأولى إبـدال «والشـهيد» بـ «كما». وانظر الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

والأكثرون من علمائنا في محكيّ السرائر[١]، والمشهور في محكيّ إيضاح النافع[٢].

بل عن التذكرة ـ بعد أن حكى[٣] القول بأنّ القبض شرط في اللزوم[٤] عن ظاهر الشيخين وجماعة ـ قال: «لا يحصل الملك بدونه عند علمائنا أجمع»[٥].

والإيضاح: «عليه إجماع الإماميّة ونصّ الأئمّة»[٦].

ونهج الحقّ: «ذهبت إليه الإماميّة»[٧].

بل لعلّه مقتضى التدبّر في المحكي عن الخلاف، وإن قال فيه: «لا تلزم إلّا بالقبض» مستدلّاً عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم[٨]، إلّا أنّ الظاهر إرادة الصحّة من اللزوم فيه.

بل في الدروس: «لعلّ الأصحاب أرادوا باللزوم الصحّة، فإنّ في كلامهم إشعاراً به، فإنّ الشيخ قال: لا يحصل الملك إلّا بالقبض وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد، مع أنّه قائل بأنّ الواهب لو مات لم تبطل

---

(١) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

(٢) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الهبة / في أركانها ج ٢٢ ص ١٣٤.

(٣) هذه الحكاية وقعت في المختلف لا التذكرة، انظر «التذكرة» في الهامش بعد اللاحق، ومختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٠.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: لا الصحّة.

(٥) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٧ (الطبعة الحجرية).

(٦) إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٢.

(٧) نهج الحقّ: في الهبات / مسألة ١ ص ٥١٠.

(٨) الخلاف: الهبة / مسألة ١ ج ٣ ص ٥٥٥ و٥٥٦.

الهبة، فيرتفع الخلاف»[١].

ونظر فيه في المسالك بـ«أنّ العلّامة في المختلف نقل القولين واحتجّ لهما ثمّ اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر؟! نعم، كلام الشيخ الذي نقله متناقض، وليس حجّة على الباقين، فإنّ الخلاف متحقّق».

ثمّ قال: «وفي التذكرة اتّفق ما هو أعجب ممّا في الدروس، فإنّه قال: الهبة والهديّة والصدقة لا يملكها المتّهب والمُهدىٰ إليه والمتصدّق عليه بنفس الإيجاب والقبول إذا كان عيناً إلّا بالقبض، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع».

ج ٢٨ / ١٦٦

«وهذا ظاهر في دعوى الإجماع على أنّ القبض شرط في الصحّة إجماعاً[٢]، وهو يؤيّد ما في الدروس، وينافي ما في المختلف».

«ويمكن أن يحمل على أنّه لا يحصل بدونه الملك التامّ، وهو اللازم، فيكون أعمّ من الصحّة وعدمها؛ لئلّا ينافي فتواه في المختلف ونقله الخلاف، وإن كان خلاف الظاهر»[٣].

قلت: الظاهر أنّ مراده في المختلف من الصحّة الحاصلة بدون القبض: صحّة العقد من حيث كونه عقداً، لا صحّته بمعنى ترتّب الملك عليه، فيكون المراد: عدم مدخليّة القبض في مفهوم الهبة؛ باعتبار أنّها

---

(١) الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٦.

(٢) جعلت في المصدر بين معقوفتين.

(٣) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٩.

عطيّة وهي كذلك، بل تصدق الهبة وتتحقّق بالعقد وإن توقّف الملك مع ذلك على القبض.

كما يشهد لذلك: جوابه عن مرسل أبان[١] ـ بعد أن ذكره دليلاً للمخالف ـ بـ«أنّا نقول بموجبه؛ بأنّ الهبة بنفسها لا تنقل الملك بل مع القبض، نعم العقد صحيح لكنّه ليس لازماً»[٢]. وهو ظاهر فيما قلناه إن لم يكن صريحاً.

وكأنّه أراد بقوله: «ليس لازماً» الردّ على ما حكاه عن الشيخ[٣] وابن البرّاج[٤] بعدُ بمسائل من أنّه إذا مات الواهب قبل الإقباض لا تبطل الهبة، وقام الوارث مقامه كالبيع في مدّة الخيار؛ لأنّه ـ بعد أن حكى عنهما ذلك ـ قال: «والأقرب البطلان، لنا: أنّها عقد جائز قبل القبض، فانفسخ بالموت كالوكالة والشركة، وخبر داود بن الحصين...»[٥] الآتي.

قلت: وبه يظهر ما في المسالك[٦] وغيرها[٧] من جعل ذلك من ثمرات الخلاف، فتأمّل.

---

(١) يأتي في ص ٣٥٧.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٢.

(٣) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٥.

(٤) المهذّب: الوقوف / باب النحلة والهبة ج ٢ ص ٩٥.

(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٨٠.

(٦) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ١٩.

(٧) كالدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦، ورياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٠.

ثمّ قال: «والفرق ظاهر بينه وبين بيع الخيار؛ لأنّه نوع معاوضة بخلاف الهبة، خصوصاً والشيخ رحمه الله ذكر خلافاً في المبسوط: أنّ الملك هل يحصل من حين القبض، أو من حين العقد ويكون القبض كاشفاً، واختار الأوّل وجعله الصحيح عنده»[١].

وهو الذي سمعت من الدروس حكايته عن الشيخ، مستظهراً منه إرادة الصحّة من اللزوم فيها.

وربّما يؤيّده أيضاً: ما عن الخلاف[٢] والمبسوط[٣] من التصريح بأنّه: «إذا قبض بغير إذن الواهب كان القبض فاسداً» بناءً على أنّ ذلك من لوازم كون القبض شرطاً في الصحّة لا اللزوم، كما عن فخر الإسلام[٤] وأبي العبّاس الاعتراف به، بل زاد الثاني منهما: البطلان لو مات أحدهما قبل القبض[٥].

بل عن المبسوط: أنّه فرّع على ما اختار ـ من حصول الملك بالقبض ـ فساده بدون الإذن[٦]، هذا.

ولكنّ المحكي عنه في الخلاف[٧] والمبسوط[٨] أنّه قال: «إذا وهب

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج٦ ص ٢٨١.

(٢) الخلاف: الهبة / مسألة ٢ ج ٣ ص ٥٥٦.

(٣) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٤.

(٤) إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٢.

(٥) المهذّب البارع: الوقف / في الهبة ج ٣ ص ٧٥ ـ ٧٦.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) الخلاف: زكاة الفطرة / مسألة ١٨٢ ج ٢ ص ١٤٦.

(٨) المبسوط: كتاب الفطرة ج ١ ص ٢٤٠. (رجّح فيه الثاني؛ أعني كون القبض شرطاً في الانعقاد).

لغيره عبداً ولم يقبضه حتّى هلّ شوّال ثمّ قبضه فالفطرة على الموهوب له ؛ لأنّ الهبة تنعقد بـالإيجاب والقبول ، وليس من شرط انعقادها القبض ، وسنبيّن ذلك في باب الهبة ، وإذا ثبت ذلك ثبت هذه ؛ لأنّ أحداً لم يفرّق بينهما . وفي أصحابنا من يقول : القبض شرط في صحّة الهبة ، وعلى هذا لا فطرة ، وتلزم الفطرة الواهب» .

ج ٢٨ / ١٦٧

وهو كالصريح في حصول الملك ـ الموجب للفطرة ـ بـالهبة قبل القبض .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى أنّ عنوان وجوب الفطرة «الموهوب» وإن لم يكن ملكاً ، إلّا أنّه كما ترى ، والتزام اختلاف كلام الشيخ لبُعد المسافة بينهما أولى منه .

وعلى كلّ حال ، فكلام القائلين بكونه شرطاً للّزوم غير منقّح ، و[1]خصوصاً بعدما ستعرفه من الإجماع على جواز الهبة بعد القبض أيضاً إلّا في مواضع خاصّة ، و[2]حمل كلام القائل عليها ـ بمعنى : أنّه لا جهة للّزوم قبله ، بخلاف ما بعده فإنّه قد يلزم ـ واضح الفساد .

بل الظاهر أنّ اللزوم في المواضع المخصوصة لخصوصها ، لا للقبض الذي هو كما أنّه حاصل فيها حاصل في غيرها ، ولو كان سبباً في اللزوم لاقتضاه في الجميع ، كما هو واضح .

اللّهمّ إلّا أن يقال ـ كما ستعرف فيما يأتي ـ : إنّ المراد بجواز الرجوع بالهبة ما لا ينافي اللزوم ؛ باعتبار عدم كونه فسخاً لعقد الهبة ، وإنّما هو ناقل للملك من المتّهب ، وحينئذٍ يكون العقد لازماً بالقبض

(١ و ٢) ليسا في بعض النسخ.

ـ بمعنى عدم جواز فسخه ـ وإن جاز الرجوع بالهبة، بخلاف ما قبل القبض فإنّ له فسخ العقد.

وعليه ينطبق حينئذٍ ما في بعض النصوص[١]: من أنّ له الخيار ما لم يقبض، فإنّه لاخيار له في نفس العقد بعد القبض.

ولكنّه أيضاً منافٍ لظاهر ما تسمعه منهم: من كون الرجوع بالهبة بعد القبض فسخاً لعقدها، لا ناقلاً مستقلّاً، وإن ذهب إليه بعض الشافعيّة[٢]، فلاحظ وتأمّل، وحينئذٍ تتمّ المنافاة المزبورة.

بل هو أيضاً منافٍ للإجماع المحكي ـ إن لم يكن المحصّل ـ على مدخليّة القبض في الهبة مطلقاً في الجملة، وعلى التقدير المزبور ليس للقبض حينئذٍ في أكثر أفراد الهبة مدخليّة، لا في صحّة ولا في لزوم.

وبذلك كلّه يظهر ضعف القول المزبور، بل لم أتحقّق قائلاً به على الوجه المحرّر عند المتأخّرين الذي ذكروا له الثمرات، وإن نسب[٣] إلى جماعة كظاهر الشيخين[٤] وبني حمزة[٥] والبرّاج[٦] وإدريس[٧]، ولم يحضرنا كلام بعضهم، ولعلّه ـ كغيره ممّا حضرنا ـ لا صراحة فيه أو

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٦ و٨ ج ١٩ ص ٢٣٣ و٢٣٤.

(٢) العزيز: ج ٦ ص ٣٢٨.

(٣) وقعت النسبة في مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٠.

(٤) انظر المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨، والمبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٣.

(٥) انظر الوسيلة: بيان الهبات ص ٣٧٨.

(٦) انظر المهذّب: الوقوف / النحلة والهبة ج ٢ ص ٩٥.

(٧) انظر السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

غير منقّح .

كلّ ذلك ، مضافاً إلى دلالة النصوص على المشهور أيضاً ؛ كـ :

↑ ج ٢٨ / ١٦٨

خبر أبي بصير ـ المنجبر بما عرفت ـ عن أبي عبد الله عليه‌السلام : «الهبة لاتكون أبداً هبة حتّى يقبضها ، والصدقة جائزة عليه ...»[١] ؛ فإنّ نفي الصحّة أقرب من غيره إلى نفي الماهيّة .

وموثّق داود : «الهبة والنحلة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها؟ قال : هو ميراث ، فإن كانت لصبي في حجره أو[٢] أشهد عليه فهو جائز»[٣] ؛ فإنّ الظاهر منه بقاؤها على الملكيّة ولذا كان ميراثاً ، لا أنّه كان عقداً جائزاً انفسخ بالموت وصار ميراثاً ، كما التزم به الفاضل في المختلف[٤] ، فإنّه وإن كان محتملاً إلّا أنّه مخالف للظاهر ولا داعي له ؛ لما ستعرف من عدم المعارض المقتضي لارتكاب خلاف الظاهر .

وبذلك يظهر وجه الدلالة أيضاً في مرسل أبان عن الصادق عليه‌السلام أيضاً : «النحلة والهبة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها؟ قال : هي بمنزلة الميراث ...»[٥] ؛ إذ هو كالسابق ، وإن اختلف معه بلفظ المنزلة

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٣١ ج ٩ ص ١٥٩، الاستبصار: الوقوف / باب ٦٧ الهبة المقبوضة ح ١ ج ٤ ص ١٠٧، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٧ ج ١٩ ص ٢٣٤.

(٢) في المصدر بدلها: «و» أو «فـ».

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢٥ ص ١٥٧، و«الاستبصار»: ح ٣، ووسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الهبات ح ٢ ج ١٩ ص ٢٣٥.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٢ و ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٥) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ١٤ ج ٩ ص ١٥٥، وسائل الشيعة: ←

المراد منه من جهة تعلّق عقد الهبة المفيد للتهيّؤ وإن لم يكن ناقلاً.

كلّ ذلك، مضافاً:

إلى فحوى ما تقدّم في الصدقة التي لا فرق بينها وبين الهبة إلّا باشتراط قصد القربة وعدمه، كما أومأت إليه النصوص سابقاً.

وإلى عدم دليل صالح لمعارضة ما سمعت:

سوى: العمومات التي يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت، فضلاً عن جميعه، مضافاً إلى المناقشة في نحو: «أوفوا بالعقود»[1] منها، وإن كان فيها ما فيها.

وسوى: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسّمت أو لم تقسّم، والنحل لا تجوز حتّى تقبض، وإنّما أراد الناس ذلك فأخطأوا»[2].

الذي ليس بواضح الدلالة؛ ضرورة كون المظنون مساواة المراد به لخبره الآخر: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن صدقة ما لم يقسّم ولم يقبض؟ فقال: جائزة، إنّما أراد الناس النحل فأخطأوا»[3]، بل عن

← باب ٤ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٣٢.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ١٨ ج ٩ ص ١٥٦، الاستبصار: الوقوف / باب ٦٧ الهبة المقبوضة ح ١٦ ج ٤ ص ١١٠، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٤ ج ١٩ ص ٢٣٣.

(٣) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٦ ج ٧ ص ٣١، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٨ ج ٩ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ ج ١٩ ص ١٩٥.

بعضهم[1] احتمال: اتّحاده معه والتعبير بالهبة من الراوي أو النسّاخ، وقد فسّر في الوافي خبر الصدقة بأنّهم: «أرادوا الفتوى بالمنع من ذلك في النحل فأخطأوا فمنعوا منه في الصدقات؛ وذلك لأنّهم أطلقوا الصدقة وأرادوا بها النحلة»[2].

ج ٢٨ / ١٦٩

وعلى كلّ حال، يكون الموضوع فيهما حينئذٍ «هبة ما لم يقبض للواهب ولم يقسّم كذلك» وهو غير ما نحن فيه.

مضافاً: إلى ما في التنقيح من أنّه «لا دلالة في الرواية على المدّعى، وإنّما هي حكاية قول الناس وخطئهم فيه وتبيّن[3] فيها الحقّ»[4].

وإلى ما فيها من مخالفة الإجماع من الفرق بين الهبة والنحلة.

وإلى احتمال كون المراد في الصدر بيان حكم هبة ما لم يكن مقبوضاً للواهب من أملاكه ـ كميراث لم يصل إلى يده، أو قبل أن يقسّمه ـ وفي ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب، والتعبير بالنحلة لا للفرق بينها وبين الهبة، بل تفنّناً في التعبير.

وإلى غير ذلك ممّا يقطع ببعضه بسقوط دلالته على المطلوب، فضلاً عن جميعه.

---

(١) انظر ملاذ الأخيار: الوقوف / باب ٤ ذيل ح ١٧ ج ١٤ ص ٤٥٥، والحدائق الناضرة: ج ٢٢ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٢) الوافي: الزكاة / باب ٦٦ ذيل ح ٣٣ ج ١٠ ص ٥٢٥.

(٣) في المصدر بدلها: ولم يتبيّن.

(٤) التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤١.

ومن ذلك يعلم الكلام في دعوى دلالة خبر عبدالرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام : «إذا تصدّق الرجل بصدقة أو هبة ، قبضها صاحبها أو لم يقبضها ، علمت أو لم تعلم ، فهي جائزة»[١] ؛ ضرورة إمكان إرادة الواهب من «الصاحب» لا الموهوب.

بل ربّما احتمل[٢] فيه وفي غيره :

إرادة اللزوم من الجواز ـ كما في كثير من النصوص ـ فيكون حينئذٍ خارجاً مخرج التقيّة . وإن كان هو بعيداً في مثل الخبر الأوّل الذي ذكر التعريض بهم فيه .

وإرادة أصل المشروعيّة ؛ بمعنى : عدم وقوع عقد الهبة باطلاً بحيث لو جاءه القبض بعد ذلك لم يصحّ . . . وغير ذلك .

فلا محيص حينئذٍ عن القول باعتبار القبض في الصحّة على وجهٍ لا يترتّب عليه ملك قبلها[٣] ، إلّا على احتمال الكشف الذي هو قويّ في نفسه ، وقد قرّرناه في نظائره غير مرّة ، إلّا أنّ الإجماع ـ بحسب الظاهر ـ هنا على خلافه .

وأمّا الاستدلال بما في بعض النصوص من الخيار في الرجوع وعدمه قبل القبض ، لا بعده فلا خيار[٤] .

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ١٧ ج ٩ ص ١٥٦، الاستبصار: الوقوف / باب ٦٧ الهبة المقبوضة ح ١٥ ج ٤ ص ١١٠، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٣ ج ١٩ ص ٢٣٢.

(٢) كما في رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٠٨.

(٣) الأولى التعبير بـ «قبله» أي: القبض.

(٤) وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٦ ج ١٩ ص ٢٣٣.

ففيه : أنّها مؤوّلة عند الفريقين بإرادة الكراهة ونحوها ؛ للاتّفاق على الجواز بعد القبض من الجميع .

﴿ولو أقرّ﴾ الواهب ﴿بالهبة والإقباض، حكم عليه بإقراره﴾ لعموم «إقرار العقلاء . . .»[1] ﴿ولو[2] كانت في يد الواهب﴾ لعدم المنافاة بعد جواز إقباضه إيّاها ثمّ ردّها إليه ، إلّا مع العلم بكذبه .

ج ٢٨ / ١٧٠

﴿ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل﴾ بلا إشكال ولا خلاف[3] ، بل ليس له اليمين على الموهوب ؛ لأنّ الفرض ثبوت الهبة والإقباض شرعاً .

نعم ، لو ادّعى المواطاة على الإقرار ، وأنّ مخبره[4] لم يكن واقعاً ، توجّه له اليمين عليه على حصول القبض ، كما في الدروس[5] والمسالك[6] ومحكيّ المبسوط[7] والمهذّب[8] ، أو على عدم المواطاة

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٤ ج ١ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ ج ٢٣ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الإقرار ح ١ ج ١٦ ص ٣١.

(٢) في بعض النسخ: وإن.

(٣) ينظر المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦، والمهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٥ ـ ٩٦، وتحرير الأحكام: الهبة / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٧٨، وجامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٥٠، وكفاية الأحكام: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٢٨.

(٤) في بعض النسخ: غيره.

(٥) الدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ج ٢ ص ٢٩٠.

(٦) عبارته: «توجّهت له اليمين على المتّهب على حصول القبض أو على عدم المواطاة على الأقوى، وقيل: على الأوّل خاصّة». انظر مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٠.

(٧) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٦، وانظر كتاب الإقرار: ج ٣ ص ٣٢.

(٨) المهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٦.

كما في محكيّ الحواشي المنسوبة إلى الشهيد [١] وجامع المقاصد [٢].

والأقوى الأوّل؛ لأنّه هو المقصود في الدعوى، والمواطاة إنّما ذكرت لبيان دعوى العلم بفساد ما وقع من الإقرار الذي هو أمارة في الظاهر. ومثله: الإقرار بالبيع وقبض الثمن ثمّ أنكر وادّعى المواطاة، أو الاقتراض وادّعاها.

﴿ولو مات الواهب﴾ أو الموهوب ﴿بعد العقد﴾ بل والإذن ﴿وقبل القبض كانت ميراثاً﴾ على المشهور [٣]، بل في محكيّ التذكرة: نسبته إلى علمائنا [٤].

لعدم اجتماع شرائط الصحّة. وتلفيق السبب من الوارث والمالك لم يثبت مشروعيّته بعد انسياق العمومات والإطلاقات إلى خلافه، ومن هنا كان الحكم عامّاً في جميع شرائط الصحّة.

مضافاً إلى ما سمعته من الخبرين السابقين [٥] المحكوم فيهما بكونها ميراثاً.

إلّا أنّه مع ذلك كلّه حكي عن الشيخ [٦] وابن البرّاج [٧] القول: بعدم

---

(١) نقله في جامع المقاصد: (انظر الهامش الآتي)، وانظر الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٤٠٣.

(٢) جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٥٠.

(٣) كما في جامع المقاصد: (انظر الهامش السابق: ص ١٥١).

(٤) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٧ (الطبعة الحجرية).

(٥) في ص ٣٥٧.

(٦) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٥.

(٧) المهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٥.

بطلانها بموت الواهب، وأنّه يقوم الوارث مقامه كالبيع في مدّة الخيار؛ من حيث إنّ الهبة عقد يؤول إلى اللزوم، فلا تنفسخ.

وهو كأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ بل والقواعد؛ ولذا جزم الفاضل بكونها ميراثاً[١] مع قوله بعدم كون القبض من شروط الصحّة[٢].

على أنّ المحكي عن الشيخ رحمه الله في هبة ذي الرحم: «إذا مات قبل قبضها كان ميراثاً»[٣]، كما أنّ المحكي عنه ما سمعته من أنّ الملك يحصل بالقبض وليس هو كاشفاً عن حصوله بالعقد، فكلامه لا يخلو من تهافت كما أومأنا إليه سابقاً.

ولا فرق في الحكم المزبور بين الإذن قبله وعدمها؛ لبطلانها بالموت، وهو واضح كوضوح الحكم فيما لو أرسل هديّة إلى إنسان فمات المُهدي أو المُهدىٰ إليه قبل وصولها؛ إذ هو من المفروض في الحقيقة، فليس للرسول حينئذٍ دفعها إليه ولا إلى وارثه؛ للبطلان بالموت، والله العالم. (ج ٢٨ / ١٧١)

﴿ويشترط في صحّة القبض﴾ الذي هو شرط في صحّة الهبة على ما عرفت ﴿إذن الواهب﴾ كما في غيره ممّا اعتبر فيه القبض، بلا خلاف أجده فيه[٤]، بل الإجماع بقسميه عليه[٥].

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٨٠.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٧٠ ـ ٢٧١.

(٣) النهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٣ ـ ١٣٤.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢١، ورياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٠.

(٥) ينظر نهج الحق: الهبات / مسألة ١ ص ٥١٠، والدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ←

مضافاً: إلى أنّه مقتضى أصل عدم ترتّب الأثر، وأصل عدم الانتقال، مع عدم إطلاق يوثَق به في تناول مثله، بل لعلّ ما دلّ على شرطيّته ظاهر في خلافه بناءً على قراءته «يُقبضها» من باب الإفعال أو التفعيل، كما هو واضح.

وحينئذٍ ﴿فلو قبض الموهوب﴾ له ﴿من غير إذنه لم ينتقل إلى الموهوب له[1]﴾ لعدم حصول الشرط، إلّا مع الإجازة بناءً على جريانها في مثله.

ولا فرق في ذلك عندنا بين المجلس وغيره، ودعوى ظهور العقد في الإذن بذلك في المجلس دون غيره ـ كما عن بعض العامّة، بل أبي حنيفة منهم[2] ـ واضحة الفساد مع فرض عدم القرينة.

نعم، قد يتوجّه عدم اعتبار الإذن على القول بتحقّق الملك قبله؛ لقاعدة «تسلّط الناس على أموالها»[3]، وإن كان لا يترتّب عليه لزوم في حقّ الواهب في موضوعه كهبة الرحم ونحوها؛ لبعض ما سمعته من الأدلّة على القول الأوّل، مع احتماله، هذا.

← ج ٢ ص ٢٩٠، وكفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٩، والحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣١٥.

(١) أشير في هامش المعتمدة إلى أنّ هذه الكلمة موجودة في بعض النسخ.

(٢) المبسوط (للسرخسي): ج ١٢ ص ٥٧، بدائع الصنائع: ج ٦ ص ١٢٤، حلية العلماء: ج ٦ ص ٤٩، المجموع: ج ١٥ ص ٣٧٩، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٤٨، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٥٣.

(٣) الخلاف: مسألة ٢٩٠ ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧، بحار الأنوار: ح ٧ ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللآلي: ح ٩٩ ج ١ ص ٢٢٢.

وربّما استفيد[١] من إطلاق اعتبار الإذن: عدم اشتراط كونه بنيّة الهبة، فلو أذن فيه مطلقاً صحّ، بل في الرياض: «أنّه الأشهر، وعليه عامّة من تأخّر»[٢]، وفي الكفاية: «أنّه المشهور»[٣].

لكن قد عرفت الكلام فيه في الوقف سابقاً[٤]، بل لم نتحقّق ما ذكراه من الشهرة، بل صرّح الفاضل في القواعد هنا: باعتبار إيقاع القبض للهبة[٥].

وفي المسالك هنا ـ بعد أن حكى عن بعض الأصحاب اعتبار ذلك؛ لصلاحيّة مطلق القبض لها ولغيرها، فلابدّ من مائز، وهو القصد ـ قال تبعاً لجامع المقاصد[٦]: «وهو حسن حيث يصرّح بكون القبض لا لها؛ لعدم تحقّق القبض المعتبر فيها، أمّا لو أطلق فالاكتفاء به أجود؛ لصدق اسم القبض، وصلاحيّته للهبة، ودلالة القرائن عليه، بخلاف ما لو صرّح بالصارف»[٧].

ولا يخفى عليك ما فيه؛ ضرورة عدم كون البحث في الحكم الظاهري، إنّما الكلام في أصل تحقّق الشرط بالقبض الخالي في الواقع

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٢.
(٢) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١١.
(٣) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٩.
(٤) في ص ١٤٣.
(٥) قواعد الأحكام: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٦.
(٦) جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٤٩.
(٧) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٢.

عن قصد كونه للهبة سواء كان بقصد غيرها أو لا ، ولا معنى لصرف مثل ذلك إليها بعد فرض تشخّصه في الخارج . ودعوى : تحقّق الشرطيّة بذلك ـ دون المقصود به غير الهبة ـ واضحة المنع ، ولا ريب في أنّ الأصل عدم ترتّب الأثر بعد فرض عدم إطلاق يوثق به في تناول مثله لتحقّق الشرط المعلوم اشتراطه .

ج ٢٨ / ١٧٢

ويقبل قول كلّ من الواهب والمتّهب في تشخيص القصد ، فلو خالفه الآخر قدّم بيمينه ؛ لأنّه أعلم بقصده .

هذا كلّه في هبة غير المقبوض للموهوب له .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ، ولم يفتقر إلى إذن الواهب في القبض، ولا أن يمضي زمان يمكن فيه القبض﴾ بلا خلاف أجده بين من تأخّر عن المصنّف[1] ﴿و﴾ لا إشكال .

نعم ﴿ربّما صار إلى ذلك بعض﴾ من تقدّمه من ﴿الأصحاب﴾ كالشيخ رحمه الله ويحيى بن سعيد : فاعتبرا الإذن في القبض ـ ولو من إقراره له ـ ومضيّ زمان يمكن فيه القبض .

قال أوّلهما في المحكي عن مبسوطه : «إذا وهب له شيئاً في يده ؛ مثل أن يكون في يده وديعة فيهبها له ، نظر : فإن أذن له في القبض

(١) كالعلّامة في القواعد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٧، وولده في الإيضاح: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٣، والشهيد في اللمعة: كتاب العطيّة ص ١٠٦، والمقداد في التنقيح: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤١، والسبزواري في الكفاية: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٩.

ومضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزم العقد، وإن لم يأذن له في القبض فهل يلزم القبض بمضيّ الزمان الذي يمكن فيه القبض أو لابدّ من الإذن في القبض؟ الأقوى أنّه لا يفتقر إلى الإذن في القبض؛ لأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض»[١].

وثانيهما في المحكي عن جامعه: «إذا أذن له في قبضه، ومضى زمان يمكن فيه القبض، صحّت الهبة»[٢].

وفيه: منع تناول دليل الشرطيّة لمثل الفرض، فيبقى أصالة استقلال العقد بتسبيب الملك بحاله، وإلّا لوجب إرجاعه ثمّ قبضه جديداً؛ لتحقّق صدق القبض للهبة حينئذٍ حقيقةً، فإنّ استدامة القبض ـ ولو مع الإذن ومضيّ الزمان ـ ليست قبضاً حقيقةً، ولو سلّم فيكفي الإذن ولا يحتاج إلى مضيّ زمان قطعاً.

ووجّهه في المسالك: «بأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الإقباض، فيعتبر مضيّ زمان يمكن فيه القبض، كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إيّاه، فإنّه يعتبر مضيّ زمان يمكن[٣] فيه القبض، فكذا هنا».

ثمّ أجاب عنه بما حاصله: أنّ إيجاب العقد وإقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها، وليس هو إقباضاً بل هو متحقّق قبله، وإنّما هو علامة وأمارة على رضاه بالقبض السابق، وينزّله منزلة

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٥.

(٢) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٥.

(٣) في بعض النسخ بدلها: يكون.

ج ٢٨ / ١٧٣

الإقباض[١].

وفيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم الدليل على الشرطية في الفرض، وعلى تقديره فالمتّجه عوده ثمّ قبضه.

ولو سلّم كفاية الإذن في الاستدامة في تحقّق مسمّاه، فيمكن منع دلالة الإيجاب والإقرار على مقتضى القبض السابق على ذلك؛ وإلّا لاتّجه كلام أبي حنيفة المتقدّم سابقاً[٢].

على أنّه لا يتمّ فيما لو فرض خلوّ الواهب عن ذلك المشمول لإطلاق المصنّف وغيره.

ومن هنا ناقش في الرياض في أصل الدليل ـ بعد أن حكاه عنهم ـ بـ «أنّ دعوى حصول القبض المشترط أوّل البحث؛ لعدم عموم يدلّ على كفاية مطلقه لا من إجماع ولا من غيره؛ للخلاف، وظهور النصوص المشترطة له ـ بحكم التبادر ـ في القبض بعد العقد، فاللازم في غيره الرجوع إلى حكم الأصل الدالّ على عدم الصحّة أو اللزوم إلى أن يتحقّق القبض المتيقّن إيجابه لهما، وليس إلّا المجمع عليه وهو القبض الخاصّ به[٣]، أو المأذون فيه ثانياً للهبة».

«ولعلّه لذا اعتبر بعض الأصحاب ما أسقطه الأكثر، وهو أظهر إن لم يكن الإجماع من المتأخّرين على خلافه انعقد».

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٣.

(٢) في ص ٣٦٤.

(٣) في المصدر بدل «الخاصّ به»: الجديد.

إلى أن قال: «ويحتمل قويّاً المصير إلى مختار الأكثر؛ لما مرّ في الوقف وسيأتي في هذا البحث من الاكتفاء بقبض الوليّ الواهب مع سبقه على العقد؛ للنصوص[١] الدالّة عليه المعلّلة بعضها له: بحصول القبض، من دون أن يذكر فيها ما مرّ من القيود، وهذا التعليل جارٍ في المفروض، والعلّة المنصوصة تتعدّى إلى غير المورد كما تقرّر في الأُصول»[٢].

وإن كان فيه مواضع للنظر لمن أحرز ما قدّمناه ـ في الوقف وفي المقام ـ وما يأتي، وقد تقدّم نظير هذه المسألة في الرهن[٣] وفي الوقف[٤].

فلاحظ وتأمّل؛ كي تعرف الحال في القبض الغصبي أيضاً الذي قد صرّح هنا غير واحد بعدم الفرق بينه وبين غيره[٥]، بل لم أجد فيه خلافاً إلّا ما عساه يظهر من ثاني الشهيدين في الروضة: من الميل إلى الفرق بينه وبين غيره؛ باعتبار أنّه لا يد للغاصب عليه شرعاً، بل ظاهره أنّه قول للبعض[٦]، وإن كنّا لم نتحقّقه.

---

(١) تقدّم بعضها في ص ١٤٢.

(٢) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٠ ـ ٢١٢.

(٣) في ج ٢٦ ص ٢١٥...

(٤) في ص ١٤٥.

(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٨١، الدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ج ٢ ص ٢٨٩، التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤١، جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٥١ ـ ١٥٢.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٣.

بل لا وجه معتدّ به له بناءً على حصول الإذن من العقد فيه؛ إذ لا فرق في اقتضائها تغيير[١] الاستدامة عن الابتداء بين الجميع، كما أنّ الوجه عدم الفرق أيضاً على ما ذكرناه، وهو واضح، والله العالم.

﴿وكذا﴾ الحال ﴿إذا[٢] وهب الأب أو الجدّ﴾ له ﴿الولد[٣] الصغير﴾ ـ ولو أُنثى ـ ما هو في يده ﴿لزم بالعقد﴾ بلا خلاف أجده فيه[٤].

لنحو ما سمعته فيما تقدّم.

ج ٢٨ / ١٧٤

ولذيل موثّق داود المتقدّم: «فإن كانت لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز»[٥].

مضافاً: إلى فحوى ما تقدّم في الوقف من قوله: «... وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم...»[٦].

والتعليل في الصحيح الآخر: «لأنّ والده هو الذي يلي أمره»[٧]، وفي خبر عليّ بن جعفر عليه السلام: «إذا كان أب تصدّق على ولد صغير فإنّها جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً...»[٨] وغير ذلك.

---

(١) في بعض النسخ: تغيّر.

(٢) في نسخة الشرائع: لو.

(٣) في نسخة الشرائع: للولد.

(٤) كما في رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٢.

(٥) تقدّم في ص ٣٥٧.

(٦) تقدّم في صحيح صفوان في ص ٢٠ و١٣٩.

(٧) تقدّم في ص ١٤٢.

(٨) تقدّم في ص ١٤٢.

إنّما الكلام في اعتبار قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ـ ليتمحّض القبض بها ـ وعدمه؟

في المسالك ـ تبعاً لغيره[١] ـ : «ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلّامة ؛ لأنّ المال المقبوض في يد الولي له ، فلا ينصرف إلى الطفل إلّا بصارف وهو القصد ، وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا ، وينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة ، ويلزم ذلك»[٢].

قلت : قد عرفت تحقيق الحال هنا وفي باب الوقف[٣]، وأنّه بناءً على الشرطيّة في الفرض ـ وكفاية القصد في الاستدامة في تحقّق مسمّاه ـ لابدّ من حصوله ، وإلّا لم يكن قبضاً ، ومع الإطلاق لا ينصرف إليه قطعاً ؛ إذ الفرض خلوّه في الواقع ، خصوصاً في قبض الولي الذي كان قبضاً لنفسه .

على أنّه مع فرض عدم التجديد يكون ناوياً للخلاف ؛ ضرو[رة] لحوق الاستدامة بالابتداء ما لم يجدّد لها قصداً يفصلها عن الابتداء .

والنصوص السابقة إن لم تكن ظاهرة فيما ذكرناه ـ من تجديد القصد المزبور ـ فهي مبنيّة على سقوط الشرط في الفرض ، نحو ما ذكرناه في المسألة السابقة .

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٥٢.
(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٤ ـ ٢٥.
(٣) في ص ١٤٣...

وربّما كان قول المصنّف: «وكذا» إشارة إلى ذلك، ولا ينافيه التعليل بقوله: ﴿لأنّ قبض الوليّ قبض عنه﴾ الذي يمكن إرادة بيان الوجه في سقوط الشرط بذلك منه.

وعلى كلّ حال، فالمراد من المتن وغيره ممّن أطلق[1]: ما قيّدنا به العبارة من كون الموهوب في يده، أمّا لو فرض خروجه عنها كميراث لم يصل إليه، أو مبيع لم يقبضه، فلا ريب في افتقار صحّة هبته إلى قبض.

↑ ج ٢٨ / ١٧٥

نعم، في المسالك[2] وغيرها[3]: عدم خروج الوديعة عن اليد؛ لأنّ يد المستودع كيده، وفي العارية وجهان، أجودهما خروجها عن يده، فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكّله فيه، ولو وكّل المستعير فيه كفى.

لكن لا يخفى ما في الفرق بين الوديعة والعارية، سواء كان ذلك من حيث كونهما كذلك أو من حيث أفرادهما.

كما أنّه لا يخفى عليك ما في دعوى عدم الخروج بالاستيداع مطلقاً عن اليد؛ ضرورة عدم صدق كونه في يده وتحت قبضته في جملة من أفراد الوديعة، وإن حكي عن الإيضاح: الإجماع عليه في الوديعة

---

(١) كالمفيد في المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨، والعلّامة في الإرشاد: العطايا / في الهبة ج ١ ص ٤٥٠.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٤.

(٣) ككفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٢٩، والحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣١٧، ورياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٢.

وأنّها كالمال في يد الوكيل [١]، فإن تمّ كان هو الحجّة، وإلّا كان مشكلاً.

وفي القواعد: «ولو كان مغصوباً أو مستأجراً أو مستعاراً ـ على إشكال ـ افتقر إلى القبض، بخلاف ما في يد وكيله» [٢].

والظاهر اختصاص الإشكال في العارية، كما عن الإيضاح التصريح بذلك، مدّعياً الإجماع على الافتقار في الأوّلين، وجعل وجه الإشكال فيها: من عدم كونها بحقّ لازم فكانت كقبض الوكيل، ومن أنّه إنّما قبضه لنفسه فكانت اليد له لا للمعير، فكان كالمستأجر [٣].

وفيه: أنّه لا مدخليّة للأوّل في صدق القبض، وإلّا لكان المغصوب مقبوضاً أيضاً، كما عن الشهيد الإشكال فيه أيضاً لذلك، حاكياً له عن بعض النسخ المقروءة على المصنّف [٤].

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ منافٍ للصدق العرفي الذي عليه المدار؛ حتّى في مثل الإجارة التي يمكن حصولها مع فرض كون العين في يد المؤجر، وحينئذٍ لا ينافي القبض المزبور الذي هو في كلّ شيء بحسبه بمقتضى العرف، فتأمّل جيّداً.

وخرج بقوله: «الصغير» الكبير الذي لا ولاية لهما عليه في مثل ذلك، ذكراً كان أو أُنثى، وإن بقيت ولايتهما على الأُنثى في النكاح عند

---

(١) إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٣.

(٢) قواعد الأحكام: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٧.

(٣) المصدر قبل السابق.

(٤) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٤٠٣.

بعض[١]؛ لدعوى الدليل عليه بالخصوص لا مطلقاً، فإنّ الرشيدة إذا تصرّفت بمالها ببيع وهبة لم يتوقّف على الولي اتّفاقاً[٢]؛ لعموم «الناس مسلّطون...»[٣] وغيره.

لكن عن الإسكافي: إلحاق الإناث وإن رشدن بالصغار في كون قبض الأب قبضاً لهم[٤]. ولا ريب في ضعفه، إلّا أن ينزّل على الوكالة والإذن في ذلك، كما هو واضح.

↑ ج ٢٨ / ١٧٦

﴿ولو وهبه غير الأب أو الجدّ لم يكن له بدّ من القبض عنه، سواء كان له ولاية أو لم تكن[٥]، ويتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم﴾ بلا خلاف[٦] ولا إشكال في ذلك إذا كان الواهب غير الولي؛ ضرورة كونه حينئذٍ أجنبيّاً، فلا يكون قبضه حينئذٍ عن الطفل قبضاً.

إنّما الكلام في قول المصنّف: «سواء...» إلى آخره، فإنّ مقتضاه كون الوصي أجنبيّاً أيضاً، فلا يقوم قبضه عنه، من غير فرق بين كونه هو الواهب أو غيره، كما عن المبسوط التصريح بذلك[٧]، ولم نعرفه

---

(١) كالشيخ في النهاية: النكاح / باب من يتولّى العقد ج ٢ ص ٣١٠ ـ ٣١١.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٥.

(٣) الخلاف: مسألة ٢٩٠ ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧، بحار الأنوار: ح ٧ ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللآلي: ح ٩٩ ج ١ ص ٢٢٢.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٩.

(٥) في بعض النسخ صِيغ المتن هكذا: «ولو وهبه غير الأب أو الجدّ سواء كان له ولاية أو لا لم يكن له بدّ من القبض عنه».

(٦) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / في معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣١٧.

(٧) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٥.

لغيرهما صريحاً، محتجّاً: بأنّه لا يصحّ له أن يبيع له شيئاً من نفسه، ولا أن يشتري منه كذلك، فينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبة الصبي ويقبضها له.

وفيه: أنّ ولاية الوصي عامّة، فهو كالأب والجدّ بالنسبة إلى ذلك، بل ولايته في الحقيقة من ولايتهما، بل لعلّ التعليل المزبور في الخبر المتقدّم سابقاً يقتضي ذلك.

بل قد يشكل ولاية الحاكم ـ الذي هو وليّ من لا وليّ له ـ في الفرض المزبور الذي وصيّ أحد الأبوين فيه موجود، ودعوى: ولايته في خصوص هذا التصرّف كما ترى، بل التزام عدم جواز هذا التصرّف حينئذٍ أولى.

وأولى منه ما اخترناه من عموم ولايته، بل هي ولاية الأبوين في الحقيقة، كما أنّ عموم ولاية الحاكم ـ التي هي من ولاية الولي الحقيقي ـ أولى. فمن الغريب موافقة المصنّف هنا لما سمعته من الشيخ، الممنوع أصلاً وتفريعاً.

ولو حمل كلام المصنّف على أنّ ذلك منه بناءً على التردّد في مسألة اتّحاد الموجب والقابل بالنسبة إلى غير الأب والجدّ ـ كما سمعته منه في الوقف ـ ففيه: أنّ الذي استظهره بعد التردّد هناك الاكتفاء بقبض الوصي[1]، فكان المناسب هنا ذكر الحكم كذلك، هذا.

---

(١) تقدّم في ص ١٤٤...

وفي المسالك: «قول المصنّف: (ويتولّى ...) إلى آخره يمكن فرضهما مع كون الواهب غير وليّ، وأمّا إذا كان وليّاً كالوصي فلا يفرض فيه إلّا تولّي الحاكم؛ لأنّ الوصي لا يتحقّق مع وجود الأب والجدّ له كما سيأتي، فلم يبق إلّا الحاكم، وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك[1] مطلقاً»[2].

قلت: وأمّا لو كان الواهب الحاكم، والفرض عدم وليّ غيره، فلابدّ من التزام قبض حاكم آخر عنه، وقد عرفت التحقيق الخالي عن أمثال هذه الالتزامات، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ١٧٧

﴿وهبة المشاع جائزة﴾ عندنا، بل عن الغنية[3] ونهج الحقّ[4]: الإجماع عليه، بل في جامع المقاصد: «لا خلاف بين أصحابنا في صحّة هبة كلّ ما صحّ بيعه من الأعيان، سواء كان مشاعاً أو مقسوماً، من[5] الشريك وغيره»[6]، وعن التذكرة: «تصحّ هبة المشاع كما يصحّ بيعه على الحدّ الذي يجوز بيعه عند علمائنا أجمع»[7].

وهو الحجّة، مضافاً إلى:

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: أو.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٦.

(٣) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

(٤) نهج الحقّ: الهبات / مسألة ٢ ص ٥١٠.

(٥) في المصدر بدلها: بين.

(٦) جامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٥ ـ ٤١٦ (الطبعة الحجرية).

العمومات[1].

وفحوى ما دلّ عليه من النصوص الكثيرة ـ التي يمكن دعوى تواترها ـ في الصدقة[2].

وخصوص موثّق أحمد بن عمر الحلبي[3]: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن دار لم تقسّم، فتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال: يجوز، قلت: أرأيت إن كان هبة؟ قال: يجوز...»[4].

وصحيح أبي بصير المتقدّم سابقاً[5].

بل قد يستفاد من المروي في طرق العامّة[6] فضلاً عن الخاصّة[7] كالنبوي: «زن وأرجح» بناءً على أنّ الراجح هبة مشاع، وقوله صلى الله عليه وآله لوفد هوازن ـ لمّا جاؤوا يطلبون منه أن يردّ عليهم ما غنمه منهم ـ:

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من كتاب الهبات ج ١٩ ص ٢٢٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من كتاب الوقوف والصدقات ج ١٩ ص ١٩٤.

(٣) في المصدر بعدها إضافة: عن أبيه.

(٤) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٢٤ ج ٧ ص ٣٤، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ٣٦ ج ٩ ص ١٤٠، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ (مع ذيله) ج ١٩ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٥) في ص ٣٥٨.

(٦) مسند أحمد: ج ٤ ص ٣٥٢، سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٦٠، سنن ابن ماجة: ح ٢٢٢٠ ج ٢ ص ٧٤٨، سنن الدارقطني: ح ٣٣٣٦ ج ٣ ص ٢٤٥، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ٣٠، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٣٣.

(٧) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٩ ج ١ ص ٢٢٤، مستدرك الوسائل: باب ٧ من أبواب آداب التجارة ح ١ ج ١٣ ص ٢٥٤.

«ما كان لي ولبني عبدالمطّلب فهو لكم»[١].

ولكن مع ذلك كلّه والمحكي[٢] عن أبي حنيفة: أنّ هبة المشاع الذي يمكن قسمته لا تجوز لغير الشريك، والذي لا يمكن قسمته لا تجوز هبته مطلقاً[٣]، وعن مالك: المنع من هبة المنقسم بين اثنين، مستندين: إلى أنّ وجوب القسمة يمنع من صحّة القبض وتمامه[٤].

وهو ـ كما ترى ـ تهجّس واستحسان، يندفع بوجوب تسليمه أجمع ثمّ إنّه يقسّم.

﴿و﴾ كيفما كان، فـ﴿قبضه كقبضه في البيع﴾ ضرورة اتّحاد معناه عرفاً فيهما وفي غيرهما، فيجري فيه حينئذٍ القولان، وهما: الاكتفاء بالتخلية مطلقاً ـ كما هو المختار ـ والتفصيل بها في غير المنقول، وبالنقل وما في معناه فيه.

بلا خلاف أجده فيه إلّا ما يحكى عن القاضي منّا[٥] وبعض الشافعيّة من غيرنا[٦] من الفرق بينهما: بأنّ القبض في البيع مستحقّ وللمشتري المطالبة، فجاز أن يجعل بالتمكين قابضاً، بخلاف الهبة فإنّ القبض غير

---

(١) مسند أحمد: ج ٢ ص ١٨٤، سنن النسائي: ج ٦ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٣٣٦، معرفة السنن والآثار: ذيل ح ٥٣٣٨ ج ٦ ص ٥٢٤، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٢ ص ١٥٣.

(٢) في بعض النسخ: فالمحكي.

(٣ و٤) عمدة القاري: ج ١٢ ص ٢٩٧، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥٢٩، الاستذكار: ج ٧ ص ٢٣٢.

(٥) نقله الشهيد في حواشيه على ماذكره في مفتاح الكرامة: الهبة/في أركانها ج ٢٢ ص ١١٨.

(٦) مغني المحتاج: ج ٢ ص ٤٠٠.

مستحقّ فاعتبر تحقّقه، ولم يكتف بمطلق التخلية في المنقول وإن اكتفينا بها في البيع.

ج ٢٨ / ١٧٨

وليس بشيء بعد ما عرفت من اتّحاد مفهومه لغةً وعرفاً، وما ذكره إنّما يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته.

ثمّ إنّ الظاهر تحقّق التخلية من دون إذن الشريك؛ لعدم توقّف مفهومها على التصرّف فيه ولو قبضه في يده، إذ هي ـ على ما حقّقناه ـ كون الشيء تحت يده وفي سلطانه على نحو المالك الذي لا إشكال في كون ماله مقبوضاً له ـ بمعنى كونه في قبضته ـ وإن كان له شريك فيه، فمتى خلّى بينه وبين الموهوب على هذا الوجه تحقّق القبض، وإن كان صريح جماعة[1] وظاهر آخرين[2] عدم اعتبار إذن الشريك في القبض بالمعنى المزبور.

خلافاً لما في الدروس: فاعتبر إذن الشريك أيضاً فيها[3].

ووجّه[4]: بأنّ المراد بها رفع يد المالك وتسليط القابض على العين، وذلك لا يتحقّق إلّا بالتصرّف في مال الشريك فيعتبر إذنه، ورفع المانع عن حصّة خاصّة مع الإشاعة لا يحصل به التسلّط المقصود من القبض، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة، ومن ثمّ لو كانت العين

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٦، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٤.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٧.

(٣) الدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ج ٢ ص ٢٩٠.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٧.

مغصوبة بيد متسلّط لم تكف التخلية من المالك وتسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم.

وهو كما ترى وإن استحسنه في المسالك[١]؛ إذ التسلّط لا يتوقّف على الدخول في الدار ونحوها، وفرق واضح بين الفرض وبين الغصب الرافع للتسلّط العرفي، وهو المانع عن صدق كون المال تحت قبضته وسلطانه.

وبذلك كلّه ظهر لك: أنّه حينئذٍ لا بحث على المختار من تحقّق القبض بالتخلية مطلقاً، أمّا على التفصيل فيتحقّق في المنقول بتسليم الموهوب الجميع حينئذٍ، كما إذا كان الباقي من الحصّة للواهب أو لغيره وقد أذن، فإن امتنع وكّله الموهوب له على القبض عنه، فإن امتنع ـ مثلاً ـ رفع الأمر إلى الحاكم ليقبضه بنفسه أو نائبه.

وعن الفاضل في المختلف: الاكتفاء بالتخلية مع امتناع الشريك؛ تنزيلاً لعدم القدرة الشرعيّة منزلة عدمها الحسّيّة في غير المنقول[٢].

وفيه: منع عدم القدرة الشرعيّة مع وجود الحاكم المنصوب لأمثال ذلك.

أمّا مع عدمه ففي الدروس[٣] والمسالك[٤]: «لا بأس به؛ دفعاً للضرر والعسر».

---

(١) المصدر السابق.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٨٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ج ٢ ص ٢٩٠.

(٤) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٧.

وفيه: أنّ المتّجه حينئذٍ ـ مع فرض عدم قيام غيره من عدول المؤمنين مقامه ـ بقاء الهبة موقوفة؛ ضرورة عدم تغيّر معنى القبض بذلك، والفرض اشتراطها به كما هو واضح.

ج ٢٨ / ١٧٩

ثمّ إنّه قد صرّح غير واحد: بعدم وقوع القبض إذا كان من دون إذن الشريك حيث تعتبر، لا للنهي الذي لا يقتضي الفساد في المعاملة على ما هو محرّر في محلّه، بل لأنّ القبض لمّا كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراداً للشارع، فإذا وقع منهيّاً عنه لم يعتدّ به شرعاً، فيختلّ ركن العقد، وقد عرفت أنّه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم بجعل المقبوض [1] للموهوب معتبراً، والنهي عن حقّ الغير الخارج عن حقيقة الموهوب [2].

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ لا يرجع إلى مستند صالح بعد فرض كون النهي لأمر خارج لا يترتّب عليه فساد، ومعلوميّة كون القبض شرطاً في صحّة العقد، وعدم اعتبار ما كان منه بغير إذن الواهب؛ لظهور الأدلّة في اعتبار الإقباض المعتبر في تحقّقه الإذن، كما أومأنا إليه سابقاً.

كلّ ذلك، مع أنّ الفاضل [3] وولده [4] والشهيدين [5] وغيرهم [6] على

(١) في المسالك: القبض.

(٢) جامع المقاصد: الهبة/في أركانها ج ٩ ص١٥٦، مسالك الأفهام: (انظر الهامش قبل السابق).

(٣) قواعد الأحكام: الرهن / في القبض ج ٢ ص ١١٧ ـ ١١٨.

(٤) إيضاح الفوائد: الرهن / في القبض ج ٢ ص ٢٩.

(٥) الشهيد الأوّل في الحواشي على ما نقله في مفتاح الكرامة: الرهن / في القبض ج ١٥ ص ٤٨٢، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الرهن ج ٤ ص ٦٤ ـ ٦٥.

(٦) كالكركي في جامع المقاصد: الرهن/في القبض ج ٥ ص١٠٧، والسبزواري في الكفاية: ←

ما حكي عنهم قد صرّحوا في كتاب الرهن: بصحّة قبض المشاع من دون إذن الشريك، وبترتّب أثر الرهانة عليه وإن تعدّى به، معلّلين له: بأنّ النهي إنّما هو لحقّ الشريك، لا[1] للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً، وكونه قبضاً واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة، ومثله آتٍ في المقام؛ إذ لا فرق بينهما بعد فرض كون القبض شرطاً في الصحّة فيهما.

ومن ذلك يعلم الحال أيضاً في هبة المرهون وإقباضه بدون إذن المرتهن، وإن استشكل فيه في القواعد[2]، بل عن الإيضاح[3] وغيره[4]: عدم الصحّة؛ لما سمعته من التعليل المزبور الذي عرفت ما فيه.

نعم، قد يقال: بعدم الحكم بحصول الملك فعلاً حتّى يقع الفكّ له، وإلّا انكشف فساد الهبة، ولعلّه المراد من قوله في القواعد: «فإن سوّغناه لم يحصل الملك، فإن فكّ صحّت الهبة»[5].

أو يقال: بحصول الملك له بذلك ولكنّ حقّ الرهانة على تعلّقها، ولا يمنع ذلك من التسلّط على بيعه وإن انتقل إلى غير الواهب؛ إذ هو

← الرهن / الفصل الأوّل ج ١ ص ٥٥٦.

(١) ليست في المصادر.

(٢) قواعد الأحكام: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤٠٦.

(٣) إيضاح الفوائد: الهبة / في أركانها ج ٢ ص ٤١٢.

(٤) كجامع المقاصد: الهبة / في أركانها ج ٩ ص ١٤٦.

(٥) تقدّم المصدر آنفاً.

كانتقاله إلى الوارث مثلاً.

نعم، تبقى الصحّة مراعاة لو وهبه المرهون ولم يقبضه، فإن بيع ظهر البطلان، وإن انفكّ فللراهن الخيار في الإقباض وعدمه بعد ما ستعرف من عدم اشتراط فوريّة القبض.

ومن ذلك يعلم الكلام أيضاً في هبة المستأجر ولو لغير المستأجر؛ ضرورة اتّحاد المدرك في الجميع.

وقد تقدّم في كتاب الرهن ما له نفع تامّ[1] في أمثال هذه المباحث، كما أنّه تقدّم في كتاب البيع ـ في بحث اشتراط القدرة على التسليم[2] ـ ما يستفاد منه صحّة الهبة لغير المقدور على تسليمها حال الهبة إذا اتّفق الإقباض بعد ذلك.

↑ ج ٢٨ / ١٨٠

فما عن المبسوط[3] والتحرير[4] والتذكرة[5]: من اشتراط صحّة هبة المغصوب لغير الغاصب بالقدرة على الانتزاع، بل عن الأخير: التصريح بفسادها وفساد هبة الآبق والضالّ؛ لامتناع الإقباض.

كما ترى لا دليل عليه فيما كان إقباضه ممكناً، وإن كان غير مقدور الآن، فيصحّ حينئذٍ ويتمّ بالإقباض، كما أوضحناه في البيع الذي فرق واضح بينه وبين المقام من حيث المعاوضة وعدمها.

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) تعرّض للوديعة والعارية... في ج ٢٣ ص ٦٤٨.

(٣) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٢.

(٤) تحرير الأحكام: الهبات / في الماهيّة ج ٣ ص ٢٧٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٦ (الطبعة الحجرية).

نعم، هي نحوه إذا كان فيها عوض، وحينئذٍ يكون المدار على ما يعدّ سفهاً في أنظار العقلاء.

﴿ولو وهب لاثنين﴾ مثلاً ﴿شيئاً فقبلا وقبضا، ملك كلّ واحد منهما ما وُهب له﴾ ولو مشاعاً؛ لوجود المقتضي ـ من العمومات ـ وارتفاع المانع.

﴿فإن قَبِل أحدهما وقبض وامتنع الآخر صحّت الهبة للقابض﴾ منهما؛ لاجتماع شرائط صحّتها فيه دون الآخر، وليس ذا من تبعيض العقد؛ فإنّه ـ باعتبار تعدّد القابل ـ كان بمنزلة عقدين، كما لو اشتريا دفعةً، فإنّ لكلّ منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه كما في المسالك[1] وغيرها[2].

قلت: وعليه يجوز للواهب الرجوع بهبة أحدهما دون الآخر، وكذا الحال فيما لو تعدّد الواهب واتّحد القابل.

نعم، لو تعدّد المال الموهوب قد يشكل جواز الرجوع بأحدهما دون الآخر، بناءً على أنّ رجوعه فسخ للعقد؛ لاقتضائه التبعيض في العقد الواحد، وليس كالواقع من أصله مبعّضاً، نحو أن يهب ماله ومال غيره، أو ما تصحّ هبته وما لا تصحّ هبته.

وكأنّ الوجه في ذلك: معلوميّة عدم اعتبار الوحدة في متعلّق العقد، بل هي كغيرها في اقتضائه، بخلاف تعدّد القبول أو الإيجاب فإنّه في

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٨.

(٢) كالحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٢١.

قوّة التعدّد، وإلّا لاقتضى مشروعيّة عقد واحد يتعدّد إيجابه ويتّحد قبوله وبالعكس، وهو غير معهود، بل المعهود خلافه: من أنّ العقد هو الإيجاب والقبول. فلابدّ حينئذٍ من جعل إيجابٍ - ولو تنزيلاً - مقابلاً للقبول مع فرض تعدّده، وبالعكس، وربّما كان العرف يشهد لذلك أيضاً.

↑ ج ٢٨ / ١٨١

ومع الإغضاء عن ذلك كلّه - وجعل التعدّد في الإيجاب والقبول كالتعدّد في المتعلّق بالنسبة إلى إطلاق مصداق العقد - اتّجه حينئذٍ الوحدة في الفرض ونظائره، وأشكل الفسخ حينئذٍ في بعض دون آخر، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطيّة﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه[1]، بل الإجماع بقسميه عليه[2]، بل يمكن دعوى تواتر النصوص به أو القطع به منها، مضافاً إلى أُصول المذهب وقواعده.

فما عساه يظهر من المحكي عن ابن الجنيد: من حرمة ذلك وتعديته إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب[3]، في غاية الضعف،

---

(١) كما في الحدائق: (انظر الهامش السابق).

(٢) نقل الإجماع في غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٢.

وانظر المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٨، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٦، وتحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٧٩، وكفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٠.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٧.

بل مسبوق بالإجماع وملحوق به.

ويمكن أن يريد بها الكراهة، فإنّه وإن قلنا بالجواز لكنّه ﴿على كراهيّة﴾ كما هو المشهور[١]، بل في محكيّ التذكرة: نفي الخلاف فيه[٢]. ولعلّه كذلك، ولا ينافيه إطلاق نفي البأس عن ذلك في محكيّ المقنعة[٣] المحتمل إرادة بيان الجواز.

بل مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد نفي الخلاف: عدم الفرق في ذلك بين حالي الصحّة والمرض، والعسر واليسر.

خلافاً لما عن المختلف: من قصرها على حال المرض أو الإعسار[٤]، وعن بعض نسخه عليهما[٥].

وفي محكيّ النهاية: «ويكره في حال المرض إذا كان الواهب معسراً، وإن كان موسراً لم يكن به بأس»[٦].

ولعلّه لإطلاق النصوص في الجواز وأنّه قد فعل ذلك الأئمّة عليهم السلام على كثرتها، حتّى عقد لها في الوسائل باباً[٧]، وليس في شيء منها

---

(١) نقلت الشهرة في المختلف: (انظر الهامش السابق)، وجامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧٠، وكفاية الأحكام: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٢) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٤ (الطبعة الحجرية).

(٣) المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٩.

(٤ و٥) الموجود في النسخة المعتمدة: «مع المرض والإعسار، أمّا مع عدم أحدهما فلا بأس». انظر مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٨، ونقل النسخة الأُخرى في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٩.

(٦) النهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٥.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من كتاب الهبات ج ١٩ ص ٢٤٤.

إشارة إلى كراهة، سوى:

خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام وقد سأله: «عن الرجل يخصّ بعض ولده بالعطيّة؟ قال: إن كان موسراً فنعم، وإن كان معسراً فلا»[١].

وموثّق سماعة: «سألت أبا عبدالله عليه السلام[٢]: عن عطيّة الوالد لولده؟ فقال: إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء، فأمّا في مرضه فلا يصلح»[٣].

وخبر جرّاح المدائني: «عن عطيّة الوالد لولده يبيّنه[٤]؟ قال: إذا أعطاه في صحّته جاز»[٥].

ج ٢٨ / ١٨٢

مع أنّ الأخيرين ليسا في التفضيل بل وإن كان الولد واحداً، ومحتملان إرادة بيان عدم مضيّ ذلك من الأصل إذا كان في مرض الموت، فلم يبق إلّا خبر أبي بصير.

لكن لمّا كان الحكم الكراهة التي يتسامح فيها، ويكفي فيها بعض ما سمعت ـ مضافاً إلى النبوي العامّي أنّه قال لبشيرٍ أبي النعمان لمّا نحل ابنه النعمان غلاماً: «أكلَّ وُلدِك نَحَلتَهم مثل هذا؟ فقال: لا،

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٢١ ج ٩ ص ١٥٦. وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ١٢ ج ١٩ ص ٣٠٠.

(٢) الخبر في الاستبصار مضمر.

(٣) الاستبصار: الوصايا / باب ٧٦ عطيّة الوالد لولده ح ٢ ج ٤ ص ١٢٧. وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٩، و«الوسائل»: ح ١١.

(٤) في التهذيب بدلها: ببيّنة.

(٥) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ١١ ج ٩ ص ٢٠١. وانظر «الاستبصار» في الهامش قبل السابق: ح ١، و«الوسائل» قبل أربعة هوامش: ح ١٤ ص ٣٠١.

فقال: اردده» في رواية[١]، وفي أُخرى: «أرجعه»[٢]، وفي ثالثة: «اتّقوا الله واعدلوا بين أولادكم»[٣]، وفي رابعة: «لا تُشهدني على جور»[٤]، وإلى ما في ذلك من مثار الشحناء والبغضاء والحسد ـ وجب حمله على شدّة الكراهة الواضح وجهها باقتضاء ذلك حرمان الوارث أو النقص المضرّ به.

خصوصاً بعد إمكان حمل ما في نصوصهم عليهم السلام ـ من وقوع التفضيل منهم ـ على المزيّة في الفضل[٥]، أو النقص في المفضّل عليه، بناءً على زوال الكراهة بذلك، كما في محكيّ التحرير[٦] والحواشي[٧] والروضة[٨] وجامع المقاصد[٩]، ونفى عنه البأس في المسالك[١٠].

وعلى كلّ حال، فالأمر سهل بعد أن كان الحكم من السنن، والله العالم.

﴿وإذا قبضت الهبة﴾ بالإذن ﴿فإن كانت للأبوين لم يكن

(١ ـ ٤) الموطّأ: ح ٣٩ ج ٢ ص ٧٥١، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٢ ـ ٤ ج ٧ ص ٣١٦، المسند (للشافعي): ص ١٧٤، مسند أحمد: ج ٤ ص ٢٧١ و٢٧٣، سنن ابن ماجة: ح ٢٣٧٥ و٢٣٧٦ ج ٢ ص ٧٩٥، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٧٦، سنن النسائي: ج ٦ ص٢٥٨...، صحيح ابن حبّان: ح ٥٠٩٨ فما بعده ج ١١ ص ٤٩٩ فما بعدها، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٢٦٣، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٧١.

(٥) الأولى التعبير بـ«المفضَّل».

(٦) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٧٩.

(٧) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(٨) الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٤.

(٩) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧١.

(١٠) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٢٩ ـ ٣٠.

للواهب الرجوع إجماعاً﴾ محكيّاً مستفيضاً أو متواتراً[١]، ومحصّلاً، وخلاف المرتضى فيهما وفي الأولاد وغيرهما من الأرحام منقرض؛ ولذا لم يعتدّوا بخلافه وإن نسبه إلى إجماع الإماميّة[٢].

﴿وكذا﴾ لا يرجع ﴿إن كان﴾ الموهوب ﴿ذا رحم غيرهما، و﴾ لكن ﴿فيه خلاف﴾ حتّى في الولد في الجملة، وإن حكي الإجماع عليه في محكيّ كشف الرموز[٣] والمختلف[٤] والمهذّب البارع[٥] وغاية المرام[٦] والدروس في الصغار[٧] والمختلف في هبة الأب ولده[٨]، وظاهر الوسيلة[٩] والتذكرة[١٠]، وفي المسالك: «الظاهر أنّ الاتّفاق حاصل فيه»[١١]، وعن التنقيح[١٢] وظاهر

---

(١) ينظر كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٦، وتحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٠، والمهذّب البارع: الوقف / في الهبة ج ٣ ص ٧١، ومسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣٠.

(٢) الانتصار: مسألة ٢٦١ ص ٤٦٠ و٤٦٣.

(٣) انظره في الهامش قبل السابق.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٦٣.

(٥) المهذّب البارع: الوقف / في الهبة ج ٣ ص ٧١.

(٦) غاية المرام: الهبات / في الحقيقة ج ٢ ص ٣٩٩.

(٧) الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٧.

(٨) في العبارة تشويش، ومراده من تكرير «المختلف» الإشارة إلى أنّه خصّ الإجماع في الأب لولده ولم يعدّه إلى الأمّ لولدها. وقد تقدّم المصدر آنفاً.

(٩) الوسيلة: بيان الهبات ص ٣٧٩.

(١٠) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

(١١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣٠.

(١٢) التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤٢.

جامع المقاصد[١]: «أنّه لا خلاف فيه».

بل عن الآبي: «إنّي سألت المصنّف عن الإخلال بذكر الأولاد، مع أنّ الإجماع حاصل منهم أيضاً؟ فقال: كان زيغاً من القلم»[٢].

لكن عن موضع من المبسوط: «يصحّ الرجوع إن وهب أولاده الكبار دون الصغار»[٣]، وبه جمع بين الأخبار في المحكي من موضع من التهذيب[٤] والاستبصار[٥].

↑ ج ٢٨ / ١٨٣

اللّهمّ إلّا أن يحمل ما في المبسوط على ما قبل القبض، وما في كتابي الأخبار على أنّه احتمال للجمع، لا مذهب.

وعلى كلّ حال فالحكم في المقامين واحد، بل عن التذكرة: «لا فرق بين الولد وولد الولد وإن نزل الذكور والإناث عند علمائنا»[٦].

لأصالة اللزوم، وإطلاق ما دلّ من النصوص على عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض[٧]، المقتصر في تقييدهما على غير المقام، وخصوص ما مرّ من النصوص في الأولاد الصغار هنا وفي الصدقة... وغير ذلك.

---

(١) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٧.

(٢) كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٦.

(٣) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٨ و٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٤) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ذيل ح ٢٢ ج ٩ ص ١٥٧.

(٥) الاستبصار: الوقوف / باب ٦٦ من وهب لولده... ذيل ح ٤ ج ٤ ص ١٠٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٥ من كتاب الهبات ج ١٩ ص ٢٣٥.

وأمّا باقي الأرحام: فالمشهور نقلاً[١] وتحصيلاً[٢] أنّهم كذلك أيضاً، بل في الرياض: «عليه عامّة من تأخّر»[٣]، بل قيل: «قد يظهر من التحرير الإجماع عليه»[٤]، بل عن الغنية: دعواه صريحاً[٥].

وهو الحجّة بعد ما سمعت، وبعد:

صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «... الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء، حيزت أو لم تحز، إلّا لذي رحم، فإنّه لا يرجع فيها»[٦].

وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان[٧] قالا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يهب الهبة، أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك»[٨].

---

(١) نقلت الشهرة في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٧.

(٢) ذهب إلى ذلك في المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨، والكافي في الفقه: الأحكام / في النحلة ص ٣٢٣، والنهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٣ ـ ١٣٤، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٦، وإرشاد الأذهان: العطايا / في الهبة ج ١ ص ٤٥٠.

(٣) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢١٦.

(٤) مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ١٦٩.

(٥) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠.

(٦) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٧ ج ٧ ص ٣١، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٣ الوقوف ح ١٦ ج ٩ ص ١٣٥، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الهبات ح ٢ ج ١٩ ص ٢٣٧.

(٧) في الاستبصار: وعبد الله بن سنان.

(٨) الاستبصار: الوقوف / باب ٦٧ الهبة المقبوضة ح ٨ ج ٤ ص ١٠٨، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٣ ص ١٥٥، و«الوسائل»: ح ١.

خلافاً للمحكي عن أبي علي [١] وموضع من السرائر [٢] وما سمعته من عَلَم الهدى: فجوّزوا الرجوع فيها.

وفي محكيّ الخلاف [٣] والمبسوط [٤]: «إذا وهب لأجنبي أو لقريب غير الولد، فإنّ الهبة تلزم بالقبض، وله الرجوع» وادّعى عليه في الأوّل إجماع الفرقة وأخبارهم، وبه جمع بين الأخبار في المحكي عن تهذيبه [٥].

وكأنّه أراد موثّق داود عن أبي عبد الله عليه السلام: «... وأمّا الهبة والنحلة فإنّه يرجع فيها حازها أو لم يحزها وإن كانت لذي قرابة» [٦]. ومثله صحيح المعلّى بن خنيس [٧] ومرسل أبان [٨].

لكن لا يخفى عليك: أنّ مقتضى قواعد الفقه طرحها في مقابلة ما عرفت؛ لعدم المكافأة من وجوه، أو تأويلها بجعل قوله عليه السلام: «وإن ...» إلى آخره قيداً لقوله: «أو لم يحز» على معنى: جواز الرجوع بها قبل القبض وإن كانت لذي قربى ... أو غير ذلك.

↑ ج ٢٨ / ١٨٤

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

(٢) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣ و١٧٥.

(٣) الخلاف: الهبة / مسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٦٧.

(٤) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٩.

(٥) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ذيل ح ٢٢ ج ٩ ص ١٥٧.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٢، والاستبصار: الوقوف / باب ٦٦ من وهب لولده ح ٣ ج ٤ ص ١٠٦، ووسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الهبات ح ٣ ج ١٩ ص ٢٣٨.

(٧) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٨ ص ١٥٨، و«الاستبصار»: ح ٥ ص ١٠٧، و«الوسائل»: ح ٤.

(٨) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٤ ص ١٥٥، و«الوسائل»: ذيل ح ٣.

ومن الغريب ما في الكفاية: من حمل تلك النصوص على الكراهة، وأغرب من ذلك حملها عليها مع قطع النظر عن هذه النصوص؛ لمعارضتها إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع، قال: «لأنّه أولى من التقييد، ويشهد له هذه الأخبار الثلاثة»[1]. وهو ـ كما ترى ـ لا يستأهل ردّاً، والله الهادي لنا وله.

والمراد بالرحم في هذا الباب وفي الصلة وغيرهما: مطلق القريب المعروف بالنسب وإن بعدت لحمته وجاز نكاحه، وفي المسالك: «أنّه موضع نصّ ووفاق»[2]، مضافاً إلى آية أُولي الأرحام[3] والصدق العرفي... وغير ذلك.

فما عن بعضهم: من اختصاصه بمن يحرم نكاحه[4]، شاذّ محجوج بما عرفت، والله العالم.

﴿وإن كان﴾ الموهوب ﴿أجنبيّاً فله﴾ أي الواهب ﴿الرجوع ما دامت العين باقية، فإن تلفت فلا رجوع﴾ بلا خلاف معتدّ به في شيء من ذلك[5]، بل عن الغنية[6] والسرائر[7]

---

(١) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٢ ـ ٣٣.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣١.

(٣) سورة الأنفال: الآية ٧٥.

(٤) نقله في رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢١.

(٥) نفى الخلاف إلّا من المرتضى في مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣١.

(٦) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠.

(٧) كأنّ إجماعه منصبّ على العقد الأوّل من عبارة الماتن، انظر السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

وكشف الرموز [١] والتذكرة [٢] وظاهر التنقيح [٣]: الإجماع عليه.

بل لم يحك الخلاف فيه إلّا من المرتضى: فجوّز الرجوع بها على كلّ حال [٤].

ولعلّه لايقول به في الفرض الذي هو تلف العين وخروجها عن قابليّة الرجوع بها، والرجوع إلى ضمان قيمتها لا دليل عليه ومنافٍ لأصل البراءة وغيرها.

وفي صحيح جميل [٥] والحلبي [٦] أو حسنهما عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها، وإلّا فليس له».

مضافاً إلى إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع بها من المعتبرة المستفيضة [٧] المقتصر في الخروج منها على المتيقّن.

نعم، الظاهر ما هو صريح بعض [٨] ـ بل عن المهذّب البارع [٩]:

---

(١) كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

(٣) التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤٥.

(٤) الانتصار: مسألة ٢٦١ ص ٤٦٠ و٤٦٣.

(٥ و٦) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ١١ ج ٧ ص ٣٢، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٤ ج ٩ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٤١.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ من كتاب الهبات، وباب ٤ منها ح ٢ـ٤ ج ١٩ ص ٢٣١ و٢٣٢ـ٢٣٣.

(٨) كالبحراني في الحدائق: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٢٨، والطباطبائي في الرياض: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٦، وانظر المسالك والهامشين بعده الآتية قريباً.

(٩) ادّعى الإجماع على اللزوم بالتصرّف المتلف، وهو ظاهر في كونه من غير الله تعالى، وهذا المطلب هو الذي نسبه إليه في مفتاح الكرامة، انظر المهذّب البارع: الوقف / في الهبة ج ٣ ص ٧٥، ومفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ١٨١.

الإجماع عليه ـ عدم[١] الفرق في ذلك بين كون التلف من الله (تعالى شأنه) أو من غيره ولو المتّهب.

ج ٢٨ / ١٨٥

بل في المسالك[٢] وعن جامع المقاصد[٣] والكفاية[٤]: عدم الفرق بين تلف الكلّ أو البعض.

وإن كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبة بعينها، كتلف الظُفر ونحوه. ولعلّهم لا يريدونه، كما يشهد له التعليل في المسالك لما ذكره بـ «أنّ العين مع تلف جزء منها لا تعدّ قائمة بعينها[٥]»[٦].

بل لعلّهم لا يريدون ـ أيضاً ـ تلف بعض الموهوب المتعدّد، كعبدين ونحوهما.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه وإن تعدّد فهو هبة واحدة، والمدار على قيامها. وفيه: أنّ الأصل جواز الرجوع، والفرض محلّ شكّ فيبقى على مقتضاه؛ اقتصاراً في الخارج منه على المتيقّن، والله العالم.

﴿وكذا﴾ لا رجوع بها ﴿إن عوّض عنها ولو كان العوض يسيراً﴾ بلا خلاف أجده فيه[٧] حتّى من المرتضى[٨]، بل الإجماع بقسميه

---

(١) الأولى التعبير بـ «من عدم».

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣١.

(٣) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٨.

(٤) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٣.

(٥) هذه الكلمة ليست في المصدر.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) كما في التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤٥، ورياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٥.

(٨) الانتصار: مسألة ٢٦١ ص ٤٦٠.

عليه[١]، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر[٢].

مضافاً إلى صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»[٣]. وصحيح عبد الرحمن وعبد الله بن سليمان المتقدّم سابقاً[٤].

بل ظاهر إطلاق النصّ والفتوى: عدم الفرق في العوض بين أن يكون في نفس العقد أو بعده؛ بأن أطلق في العقد ثمّ بذل العوض بعد ذلك.

نعم، صرّح جماعة: باعتبار بذله على أنّه عوض، وقبول الواهب له على ذلك[٥]؛ إذ هو حينئذٍ هبة جديدة ولا يجب عليه قبولها. ولا بأس به؛ اقتصاراً في الخروج عن أصل الجواز على المتيقّن.

ومنه يعلم المناقشة فيما في القواعد[٦] وبعض من تأخّر عنها[٧]: من

---

(١) انظر في «الإجماع المنقول» الهامش الآتي، وممّن صرّح بالحكم المفيد في المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨، وسلّار في المراسم: أحكام الهبة ص ١٩٩، وابن حمزة في الوسيلة: بيان الهبات ص ٣٧٩، والعلّامة في التبصرة: الهبات / الفصل الأوّل ص ١٢٢.

(٢) ينظر غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠، ومسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣٢، وكفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٥ ج ٣ ص ٢٠٣.

(٣) الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ١٩ ج ٧ ص ٣٣، تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٩ ج ٩ ص ١٥٤، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الهبات ح ١ ج١٩ ص ٢٤٢.

(٤) في ص ٣٩١.

(٥) الحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٣٠.

(٦) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٧) كجامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٨، ومسالك الأفهام: الهبات / في ←

الاكتفاء بها ولو كان من بعضها ، بل المتبادر من المعاوضة هو كون أحد العوضين غير الآخر ، وإلّا لزم صدق المعاوضة بدفعها جميعها إليه ، ومن المعلوم كون مثله ردّاً لا معاوضة ، كما هو واضح .

﴿وهل تلزم[1]﴾ الهبة ﴿بالتصرّف﴾ في الموهوب غير المتلف لعينه؟ ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ[2] والقاضي[3] وأبو الصلاح[4] وصاحب الرائع[5] وابن حمزة في الواسطة[6] وابنا إدريس[7] وسعيد[8] والآبي[9] والفاضل[10] وولده[11] والشهيدان[12] والمقداد[13] : ﴿نعم﴾ تلزم بذلك ، بل

↑ ج ٢٨ / ١٨٦

← الحقيقة ج ٦ ص ٣٢.

(١) في نسخة الشرائع: يلزم.

(٢) النهاية: الوقوف / باب النحل والهبة ج ٣ ص ١٣٤.

(٣) المهذّب: الوقوف / باب النحلة والهبة ج ٢ ص ٩٥.

(٤) له عبارتان، ظاهر إحداهما خلاف المنقول عنه، والأُخرى في باب الهديّة سيأتي قريباً نقلها، انظر الكافي في الفقه: الأحكام / في النحلة ص ٣٢٣.

(٥ و٦) يأتي قريباً أنّه نقله عنهما في كشف الرموز.

(٧) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

(٨) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٦.

(٩) كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨.

(١٠) إرشاد الأذهان: العطايا / في الهبة ج ١ ص ٤٥٠، قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٨.

(١١) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٥.

(١٢) الشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، والشهيد الثاني فصّل في التصرّفات، انظر الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٤ ـ ١٩٥، وحاشية الإرشاد (ن.ل غاية المراد): العطايا / في الهبة ج ٢ ص ٤١٦، ومسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٤١ ـ ٤٢.

(١٣) ظاهره التردّد، انظر التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦.

هو المشهور نقلاً[١] وتحصيلاً[٢].

بل عن الخلاف: نسبة ذلك في قصر الثوب ـ فضلاً عن غيره من التصرّف ـ إلى إجماع الفرقة وأخبارهم[٣].

وفي محكيّ المبسوط: نسبته إلى رواية أصحابنا وأنّه الذي يقتضيه مذهبنا[٤].

وعن السرائر[٥] وكشف الرموز[٦]: الإجماع عليه.

وهو الحجّة، مضافاً إلى:

أصالة اللزوم.

وخصوص إطلاق ما دلّ عليه في الهبة بالقبض[٧]، وإن خرج عنه ما خرج.

وصحيح الحلبي المشترط جواز الرجوع ببقاء الهبة بعينها قائمة[٨] بناءً على انتفاء ذلك بمطلق التصرّف.

وإلى منافاة الرجوع القواعد في خصوص التصرّف الناقل للملك

---

(١) كما في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٩.

(٢) انظر المصادر الآنفة الذكر.

(٣) الخلاف: الهبة / مسألة ١٧ ج ٣ ص ٥٧١.

(٤) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٢.

(٥) مصبّ إجماعه كأنّه على جواز الرجوع مع انتفاء التصرّف أو التلف أو التعويض. انظر السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٣.

(٦) كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٤ من كتاب الهبات ح ١ و٥ فما بعده ج ١٩ ص ٢٣٢.

(٨) تقدّم في ص ٣٩٤.

خصوصاً إذا كان على وجه اللزوم؛ فإنّ التسلّط على فسخه منافٍ لما دلّ على لزومه، وإلزام المتّهب بالقيمة منافٍ لقاعدة البراءة والضرر وغيرها، بل دليل الرجوع لا يقتضي إلّا العين، وكذا الكلام في التصرّف المانع من الردّ بالخيار فضلاً عن المقام.

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿قيل: لا تلزم[1]﴾ بالتصرّف ﴿وهو الأشبه﴾ عند المصنّف خاصّة، وإن حكي[2] عن المفيد وأبي الصلاح وابني حمزة وزهرة.

لكن في مقنعة الأوّل: «وكذا إذا أحدث فيها حدثاً لم يكن له سبيل إلى الرجوع»[3].

وفي محكيّ الكافي للثاني في الهديّة ـ التي هي من الهبة ـ: «وله الرجوع فيها ما لم يتصرّف فيها من أُهديت إليه»[4].

وعن الواسطة للثالث موافقة المشهور[5].

بل في كشف الرموز أنّه حكى المشهور عن الشيخين وأتباعهما وابن البرّاج وصاحب الرائع وصاحب الواسطة[6].

---

(١) في نسخة الشرائع: لا يلزم.

(٢) وقعت الحكاية ـ وستأتي العبائر ـ موزّعة في إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٥، وجامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٩، ومسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣٣، ورياض المسائل: الوقف/ في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

(٣) المقنعة: باب النحلة والهبة ص ٦٥٨ (المتن والهامش).

(٤) الكافي في الفقه: في الهديّة ص ٣٢٨.

(٥) نقله في كشف الرموز: (انظر الهامش الآتي).

(٦) كشف الرموز: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨.

نعم، ربّما كان ظاهر المحكي عن المراسم والغنية؛ لأنّه قال في الأوّل: «إنّ هبة الأجنبي على ضربين: هبة ما يستهلك، وهبة غيره، فما كان ممّا يستهلك كالمواكيل واستهلك فلا رجوع، وما لم يكن من ذلك فعلى ضربين: معوّض عنه وغير معوّض عنه، فما عوّض عنه لا يجوز الرجوع فيه، وما لم يعوّض يجوز الرجوع فيه»[1].

↑ ج ٢٨ / ١٨٧

وفي الثاني: قد جعل الضرب الذي لا يجوز الرجوع فيه ما استهلكت فيه الهبة، أو تعوّض عنها، و[2]كانت لذي رحم، أو كان الموهوب له ممّن يصحّ التقرّب بصلته إلى الله تعالى، وقال: «الضرب الثاني: ما عدا ما ذكرنا، ويدلّ على ذلك: الإجماع»[3].

وهو الحجّة، بعد استصحاب الجواز، وخصوص إطلاق ما دلّ عليه من المعتبرة المستفيضة المتقدّمة سابقاً[4] التي لا يقدح في دلالتها على ذلك خروج ما خرج منها بدليله بعد ما تحرّر في الأُصول: أنّ العامّ المخصوص حجّة في الباقي.

وفيه: أنّ بعض ما سمعت يكفي في الخروج عن ذلك فضلاً عن جميعه؛ إذ العامّ لا يعارض الخاصّ، والمطلق لا يعارض المقيّد، فضلاً عن مثل المقام الذي قد عرفت اعتضاد أدلّته ـ مع اعتبارها في نفسها ـ بالشهرة العظيمة، والفرض عدم معارضة شيء لها عدا مطلقات؛ حتّى

(١) المراسم: أحكام الهبة ص ١٩٩.

(٢) في المصدر: أو.

(٣) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠.

(٤) في ص ٣٥٨...

إجماع الغنية فإنّ معقده عامّ، فلا يعارض ما عرفت من الإجماعات الخاصّة وغيرها.

ومن الغريب ما في الرياض: من جعله العمدة في دليل هذا القول(١)، حتّى أنّه مال إليه ـ بعد شدّة اضطراب ـ في آخر كلامه(٢).

وأغرب من ذلك كلّه: التمسّك(٣) في هذه المسألة للقولين بعمومات ومطلقات ونحوهما، مع أنّ العمدة إنّما هو صحيح الحلبي(٤)، بل لا دليل على اللزوم بالتلف ـ الذي اتّفقوا عليه ـ إلّا هو، بل ربّما كان ظاهر من خصّ الحكم بالتلف دون باقي التصرّف أنّه فهم منه منافاته خاصّة للقيام بعينها.

وإن كان هو كما ترى؛ ضرورة أنّه كما يدلّ عليه يدلّ على غيره ممّا لا يصدق عليه شرط الرجوع، الذي هو ـ على الظاهر ـ بقاء نفس عين الموهوب قائماً في يد المتّهب بالهبة السابقة ليتحقّق الرجوع به، فمتى تصرّف فيه تصرّفاً منافياً لذلك لم يجز الرجوع لانتفاء شرطه.

ويمكن إرادة القائل باللزوم به التصرّف الذي هو كذلك، لا مطلقه الذي لا ينافي شيئاً من ذلك ويصدق معه بقاء نفس العين قائمة في يد المتّهب، وإلّا لم يبق لأخبار جواز الرجوع في الهبة ـ على كثرتها ـ موضوع؛ ضرورة صدق التصرّف بوضعه بعد قبضه وبسقي الدابّة وعلفها

(١) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٨.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٣١.

(٣) انظر الهامش قبل السابق.

(٤) تقدّم في ص ٣٩٤.

ولمسها وركوبها... ونحو ذلك.

كما أنّه يمكن إرادة المصنّف عدم اللزوم بمطلقه، لا ما كان منه نحو التلف في انتفاء شرط الرجوع.

↑ ج ٢٨ / ١٨٨

وحينئذٍ تلتئم كلمة الجميع، وتذهب مَتعَبَة ثاني الشهيدين وإطنابه في ترجيح خيرة المصنّف وبطلان القول الآخر، حتّى ذكر له أدلّة عشرة وردّها أجمع[١]، ولكن قد ذكرها على وجهٍ يدخل بعضها في بعض ويسهل الجواب عنها أجمع، وظنّ أنّ ذلك أقصى ما يقال لهم، ولا يخفى عليك أنّه إطناب في غير محلّه.

وإنّما الأصل في المسألة: الصحيح المزبور الذي لا إشكال فيه من حيث السند، لأنّه وإن عدّ[٢] من قسم الحسن إلّا أنّه كالصحيح، بل أعلى من بعض أفراده، وتحريره: أنّ الأصل في الهبة اللزوم أو الجواز الذي ستسمعه في المسألة الآتية؟ فمن خصّ مفهومه بصورة التلف اقتصر في اللزوم عليه، ومن جعل مفهومه أعمّ من ذلك ـ كما هو الواقع؛ ضرورة كونه أعمّ منه كما عرفت ـ تعدّى من التلف إلى غيره ممّا يدخل في المفهوم المزبور.

بل إليه نظر القائل بالتفصيل الذي نسبوه[٣] إلى الدروس وابن حمزة وجماعة؛ وهو: اللزوم بالخروج عن الملك أو تغيّر الصورة كقصارة

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٣٦ فما بعدها.

(٢) كما في مسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٤٤ ـ ٤٥).

(٣) وقعت النسبة ـ وتأتي المصادر ـ في مسالك الأفهام: (الهامش قبل السابق: ص ٣٣ ـ ٣٤).

الثوب ونجارة الخشب والوطء للأمة، وعدمه بدون ذلك كالركوب والسكنى واللبس، بل عن ابن حمزة زيادة: «ولا يقدح الرهن والكتابة»[١]، بل قيل: «إنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين العود إلى ملك الواهب وعدمه»[٢].

مع أنّ غير واحد من الأصحاب جعل في المسألة قولين لا غير[٣]، بل قد سمعت احتمال كون القول فيه واحداً؛ لبعد التزام القول باللزوم بمطلق التصرّف، كبعد التزام اللزوم في خصوص التلف مع أنّ الصحيح المزبور شامل لغيره قطعاً؛ ولعلّه لذا جعل في الدروس التصرّف بالخروج عن الملك خارجاً عن محلّ الخلاف كالتلف[٤].

لكن في المسالك أنّ «التفريع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لا يحصل مع التصرّف نقل الملك ولا مانع من الردّ كالاستيلاد، أمّا معهما فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء، وعموم الأدلّة يتناوله، وحينئذٍ فلا يتسلّط على ردّ العين؛ لانتقال الملك إلى غير الموهوب في وقت كان مالكاً، فوقع التصرّف صحيحاً، ولكن يرجع إلى قيمة العين، وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان، أجودهما الأوّل؛ لأنّه وقت انتقال الملك له الموجب للقيمة،

---

(١) النقل وقع للمعنى، انظر الوسيلة: بيان الهبات ص ٣٧٩.

(٢) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٨.

(٣) المختصر النافع: كتاب الوقوف والصدقات ص ١٦٠، تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٠.

(٤) الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٧.

جمعاً بين الحقّين»[١].

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة عدم تعقّب الهبة المجّانيّة الضمان المنافي لأُصول المذهب وقواعده، ولعلّ التزام القائل بفسخ العقد المترتّب عليها مع بقاء العين ـ لأنّه انتقل إليه ملك جائز ـ أولى من ذلك، وإن كان فيه: أنّ الأدلّة إنّما اقتضت فسخ الهبة من حينها، لا البيع الذي مقتضى دليله اللزوم، فلا محيص حينئذٍ عن القول باللزوم وأنّ الرجوع بالهبة إنّما هو عيني لا عقدي كالخيار.

ج ٢٨ / ١٨٩

بل قد يحتمل كون الرجوع فيها غير فاسخ ولا ناقض لعقدها كما عن بعض الشافعيّة[٢]، وإنّما هو سبب شرعي لانتقال العين من المتّهب إلى الواهب؛ إذ النصوص إنّما أفادت الرجوع الذي هو أعمّ من فسخ العقد الذي مقتضى العقد لزومه.

ولعلّ هذا يكون وجهاً للقول بكون القبض فيها شرطاً للّزوم مع قوله بأنّ له الرجوع فيها بعده.

بل ربّما يؤيّده: ما في بعض الأخبار السابقة من أنّ الواهب بالخيار قبل القبض[٣]؛ على معنى: أنّ له فسخ العقد قبله لا بعده، وإن جاز له الرجوع المقتضي لانتقال العين من المتّهب إلى الواهب، إلّا أنّ هذا الرجوع مشروط بقيام العين نفسها في يد المتّهب بالهبة التي كانت

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٤٤.

(٢) العزيز: ج ٦ ص ٣٢٨.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الهبات ح ٦ و٨ ج ١٩ ص ٢٣٣ و٢٣٤.

السبب في ذلك على الحال الذي انتقلت إليه ، ومن هنا لم يكن له الفسخ بعد موت المتّهب على الأصحّ ؛ لانتقال الملك فيها إلى الوارث الذي لم يثبت سببيّة الرجوع به .

بل بناءً على أنّ الرجوع فسخ يتّجه اشتراطه حينئذٍ بذلك ؛ للصحيح المزبور الكاشف عن أنّ حقّ الرجوع بالهبة إنّما هو الرجوع بها نفسها من حيث كونه ملكها بالهبة .

ومن هنا يظهر لك : النظر فيما في المسالك من التفريع على القول باللزوم ، قال : «ولو نقلها عن ملكه نقلاً لازماً فقد قطعوا بلزومها حينئذٍ ، وإن فرض عودها إلى ملكه بعد ذلك بإقالةٍ أو غير ذلك من وجوه النقل المتجدّد ؛ لبطلان حقّ الرجوع بذلك ، فعوده يحتاج إلى دليل» .

«ولو كان عوده بخيار أو فسخ لعيب ... ونحوهما ممّا يوجبه من حينه فكذلك ؛ لتحقّق انتقال الملك ، مع احتمال عود الجواز ؛ نظراً إلى ارتفاع العقد ووجود سببه من حين العقد» .

«ويضعّف : بأنّ الملك منتقل على التقديرين ـ وإن كان متزلزلاً ـ وقد صدر عن مالك ، وعوده إليه لم يبطل ذلك الملك وإنّما تجدّد ملك آخر ، ومن ثَمَّ كان النماء المتخلّل لمن انتقل إليه دون المتّهب»[1] .

إذ لا يخفى عليك ما فيه : من الفرق بين الإقالة والفسخ بالخيار أوّلاً ، ومن دعوى سببيّة ملك جديد بالفسخ ثانياً ، مستدلّاً عليه بالنماء مع معلوميّة أنّ الملك إنّما هو الأوّل ولكن عاد جديداً ، وتبعيّة

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٤٣.

النماء لذلك.

وإنّما الكلام: في ظهور الصحيح المزبور باشتراط الرجوع ببقاء ملك الهبة على حاله الذي انتقل به وعدمه، كما أنّ الكلام في غير ذلك من محلّ الشكّ بالنسبة إلى الشرط المزبور؛ كوطء الأمة ورهن العين ومكاتبة العبد... ونحو ذلك ممّا يرجع فيه إلى الأصل المزبور مع فرض الشكّ في تحقّق الشرط فيها.

↑ ج ٢٨ / ١٩٠

ولا[1] تلتفت هنا إلى ما يقال: من اقتضاء ما قلناه ونحوها الخرق للإجماع المركّب بإحداث قول جديد.

ضرورة عدم القطع بالمسألة حتّى يترتّب عليه ذلك، بل مدارها على الاجتهاد في مفاد الصحيح المزبور، وفي تأصيل[2] الأصل المذكور، وقد بيّنّا لك الحال بعد أن دفعنا إليك القسطاس المستقيم، فزن به مستعيناً بالله الرؤوف الرحيم.

ومنه يظهر لك ما في جملة من الكلمات المتأخّرة عن المسالك[3]، والله هو العالم والهادي.

﴿وتستحبّ[4] العطيّة لذي[5] الرحم﴾ وإن لم يكن فقيراً، بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك ﴿وتتأكّد في الوالد

---

(١) في بعض النسخ: فلا.

(٢) في بعض النسخ: تأسيس.

(٣) كالحدائق الناضرة: الهبة / معناها وعقدها ج ٢٢ ص ٣٣٥ فما بعدها، ورياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٨ فما بعدها.

(٤ و٥) في نسختي الشرائع والمسالك: ويستحبّ... لذوي.

والولد[١]﴾ الذين هم أولى من غيرهم من الأرحام؛ لأنّها من صلة الرحم المعلوم ندبها كتاباً[٢] وسنّةً[٣] وإجماعاً، بل لعلّه من الضروري.

بل في المسالك: «وإنّما تستحبّ عطيّة الرحم حيث لا يكون محتاجاً إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها، وإلّا وجبت كفايةً إن تحقّقت صلة الرحم بدونها، وإلّا وجبت عيناً؛ لأنّ صلة الرحم واجبة عيناً على رحمه، وليس المراد منها مجرّد اجتماع البدن، بل ما يصدق معه الصلة عرفاً، وقد يتوقّف ذلك على المعونة بالمال حيث يكون الرحم محتاجاً والآخر غنيّاً لا يضرّه بذل ذلك القدر الموصول به، بل قد تتحقّق الصلة بذلك وإن لم يسعَ إليه بنفسه، كما أنّ السعي إلى زيارته بنفسه غير كافٍ فيها مع الحاجة على الوجه المذكور»[٤]. وتبعه على ذلك في الكفاية[٥].

ولكن قد يشكل ذلك: فيما لا يرجع إلى وجوب الإنفاق؛ لمنافاته للأُصول، وعدم عدادهم له في الواجبات، وعدم بيان مقداره... وغير ذلك. اللّهمّ إلّا أن يفرض تحقّق قطع الرحم بدونه وقلنا بحرمته بالنسبة إلى ذلك، وهو كما ترى، والله العالم.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ويتأكّد في الولد والوالد.

(٢) سورة النساء: الآية ١، سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة محمّد: الآية ٢٢.

(٣) أُصول الكافي: الإيمان والكفر / انظر باب صلة الرحم ج ٢ ص ١٥٠، وسائل الشيعة: انظر باب ٢٠ من أبواب الصدقة ج ٩ ص ٤١١.

(٤) مسالك الأفهام: الهبات / في الحقيقة ج ٦ ص ٤٥ ـ ٤٦.

(٥) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤.

﴿و﴾ كذا تستحبّ ﴿التسوية بين الأولاد في العطيّة﴾ بلا خلاف فيه بين العلماء كما في محكيّ التذكرة[١]، بل في محكيّ الخلاف: «لا فرق في ذلك بين الذكر والأُنثى بإجماع الفرقة وأخبارهم»[٢]. مضافاً إلى ما سمعته من الأمر بالتسوية في النبوي المتقدّم سابقاً في كراهة التفضيل[٣].

والمنساق من التسوية: جعل الأُنثى كالذكر وإن تفاوتت معه في الإرث، لا كما يحكى عن شريح وأحمد ومحمّد بن الحسن: من جعل الذكر ضعف الأُنثى[٤].

↑ ج ٢٨ / ١٩١

﴿ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها والزوج لزوجته﴾ عند الأكثر في المفاتيح[٥]، وعندنا في محكيّ المبسوط[٦]، بل عن الخلاف[٧] والغنية[٨]: الإجماع عليه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الهبة / الخاتمة ج ٢ ص ٤٢٤ (الطبعة الحجرية).

(٢) استدلّ بالأخبار، وأمّا استدلاله بالإجماع فقد انصبّ على عدم بطلان الهبة إذا فضّل. انظر الخلاف: الهبة / مسألة ٩ و١٠ ج ٣ ص ٥٦٣ و٥٦٥.

(٣) في ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(٤) عمدة القاري: ج ١٣ ص ١٤٦، المجموع: ج ١٥ ص ٣٧٣، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ١٦٦، حلية العلماء: ج ٦ ص ٤٤.

(٥) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٥ ج ٣ ص ٢٠٤.

(٦) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٩.

(٧) يستفاد منه أصل الجواز دون الكراهة كما استشفّه منه أيضاً في مفتاح الكرامة، انظر الخلاف: الهبة / مسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٦٧.

(٨) يستفاد منها الإجماع على جواز الرجوع لا على الكراهة، انظر غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠٠.

﴿وقيل﴾ والقائل الفاضل[١] وفخر الإسلام[٢] والمقداد[٣] والقطيفي[٤] وثاني المحقّقين[٥] والشهيدين[٦] والخراساني[٧] والكاشاني[٨]: ﴿يجريان مجرى ذوي الرحم﴾ في اللزوم، بل عن التذكرة حكايته عن جماعة[٩]، كما عن التحرير[١٠] والحواشي للشهيد[١١] حكايته عن الشيخ، وكأنّه مال إليه أوّل الشهيدين[١٢].

﴿والأوّل أشبه﴾ عند المصنّف؛ لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها، وخصوص صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سئل عن رجل كانت له جارية، فآذته امرأته فيها، فقال: هي عليك صدقة؟ فقال: إن كان قال ذلك لله فليمضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها»[١٣]، والإجماع المحكي.

(١) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).
(٢) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٦ ـ ٤١٧.
(٣) يستفاد من كلامه التردّد، انظر التنقيح الرائع: الوقف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤٤.
(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ١٩٢ ـ ١٩٣.
(٥) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٦١.
(٦) الروضة البهيّة: كتاب العطيّة ج٣ ص١٩٥، مسالك الأفهام: الهبات/في الحقيقة ج٦ ص٤٧.
(٧) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٣.
(٨) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٥ ج ٣ ص ٢٠٤.
(٩) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).
(١٠) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٠.
(١١) نسخة «الحواشي» التي بأيدينا غير مشتملة على ذلك.
(١٢) غاية المراد: العطايا/في الهبة ج ٢ ص ٤١٨، الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٧.
(١٣) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٥ ج ٩ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الهبات ح ٢ ج ١٩ ص ٢٤٠.

وفيه: أنّ الإطلاق المزبور معارض بإطلاق ما دلّ على المنع فيها من النصوص وغيرها.

والصحيح معارض بصحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: «لا ينبغي لمن أعطى لله تعالى أن يرجع فيه، وما لم يعطه لله وفي الله فإنّه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، أليس الله تعالى يقول: (ولا تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً)[1]، وقال: (فإن طِبن لكم عن شيءٍ منه نفساً فكُلُوه هنيئاً مريئاً)[2]، وهذا يدخل فيه الصداق والهبة»[3].

المؤيّد بصحيح ابن بزيع: «سألت الرضا عليه السلام: عن الرجل يأخذ من أُمّ ولده شيئاً وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع، أيجوز ذلك له؟ قال: نعم إذا كانت أُمّ ولده»[4] بناءً على أنّ المراد بالشرط مملوكته؛ لعدم صحّة الهبة لها، فيدلّ بمفهومه حينئذٍ على عدم الجواز إذا كانت زوجته.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٤.

(٣) حصل دمجٌ بين خبر عبيد بن زرارة وخبر والده، فالأوّل ينتهي بانتهاء الفقرة الأُولى، وقد تقدّم الأوّل في ص ٢٦٥. وانظر خبر زرارة في الكافي: الوصايا / باب ما يجوز من الوقف ح ٣ ج ٧ ص ٣٠. ووسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الهبات ح ١ ج ١٩ ص ٢٣٩.

(٤) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٢٥ ج ٨ ص ٢٠٦. وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الهبات ح ٢ ج ١٩ ص ٢٤٣.

وإجماع الشيخ موهون بمصيره نفسه إلى خلافه على ما حكي عنه[١].

وحمل[٢] الصحيح المزبور على الكراهة ليس بأولى من حمل الصحيح الأوّل على فساد الصدقة بخلوّها عن القربة، بل هذا أولى إن لم يكن متعيّناً.

وترجيح[٣] الأوّل بمخالفته لمذهب أبي حنيفة[٤] معارض بموافقة الثاني للكتاب، بل منه يستفاد كون الآية[٥] دليلاً مستقلّاً لا يصلح لمعارضتها حينئذٍ ما سمعت ـ فضلاً عن أن يحمل ما فيها من النهي على الكراهة ـ بعد التصريح في الخبر بتناول ذلك للصداق والهبة.

↑ ج ٢٨ / ١٩٢

ولعلّ هذا هو الذي دعا صاحب الكفاية إلى القول بعدم الجواز هنا[٦] مع قوله بالجواز في هبة ذي الرحم[٧]، فما أطنب في التعجّب منه في الرياض[٨] حينئذٍ في غير محلّه.

والمناقشة[٩]: في الصحيح المزبور باشتماله على ما لا يقول به أحد من لزوم الهبة قبل القبض.

---

(١) تقدّم نقله عنه عن التحرير والحواشي في ص ٤٠٩.

(٢) كما في رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٤.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ١٩٦.

(٤) المبسوط (للسرخسي): ج ١٢ ص ٥١، شرح فتح القدير: ج ٧ ص ١٣٠، حلية العلماء: ج ٦ ص ٥٤ ـ ٥٥، المحلّى: ج ٩ ص ١٢٧، الاستذكار: ج ٧ ص ٢٣٧.

(٥) سورة النساء: الآية ٢٠.

(٦ و٧) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٣.

(٨) رياض المسائل: الوقف / في الهبة ج ١٠ ص ٢٢٤.

(٩) المصدر السابق: ص ٢٢٢.

يدفعها: عدم خروجها بذلك عن الحجّيّة في غيره، مع أنّ الصحيح الأوّل في الصدقة التي تنزيلها على الهبة مع عدم القصد بكونها لله ـ ليكون ممّا نحن فيه ـ ليس بأولى من حملها على صدقة غير لازمة أو غير صحيحة، بناءً على اشتراط القربة في صحّتها أو لزومها، بل هذا أولى؛ لما فيه من بقاء الصدقة على حقيقتها.

ومع التنزّل عن ذلك كلّه فلا أقلّ من الشكّ، والأصل اللزوم، ولو لاستصحاب الملك وقوله [تعالى]: «أوفوا بالعقود»[١].

ودعوى: أنّ الهبة من العقود الجائزة وإن اعتراها اللزوم في بعض أفرادها، ليس بأولى من القول بأنّها من العقود اللازمة وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها، بل هذا أولى؛ لأنّ العقد اللازم قد يعتريه الجواز ـ حتّى البيع الذي فيه خيار المجلس والعيب والغبن وغيرها ـ وأمّا العقد الجائز فلزومه إنّما يكون بأمر خارجي كشرط ونحوه.

على أنّه قد ذكروا في غير مقام: الإجماع على انفساخ العقد الجائز بالجنون والإغماء والموت، ومن المعلوم هنا خلافه، وذلك كلّه دليل على أنّ الهبة من العقد اللازم وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها.

بل قد يقال: إنّه وإن اختلف إطلاق النصوص في ذلك باعتبار إطلاق الرجوع في بعضها وعدمه في آخر ـ بل ربّما كان دلالة بعضها على الجواز أظهر؛ لذكر الفرد اللازم على جهة الاستثناء ـ إلّا أنّ الأصل في العقد اللزوم؛ للاستصحاب بل والآية[٢]، فتأمّل جيّداً فإنّه نافع في غير المقام أيضاً، والله العالم.

(١ و ٢) سورة المائدة: الآية ١.

النظر «الثاني: في حكم الهبات»

«وهي مسائل»:

«الأُولى»

«لو وهب فأقبض، ثمّ باع» مثلاً «من آخر، فإن كان الموهوب له رحماً لم يصحّ البيع» على وجهٍ يترتّب عليه أثره، بل يكون فضولاً. ↑ ج ٢٨ / ١٩٣

«وكذا إن كان أجنبيّاً وقد عوّض» أو نحو ذلك ممّا تكون الهبة به لازمة؛ ضرورة وقوع البيع حينئذٍ على مال الغير.

«أمّا لو كان أجنبيّاً ولم يعوّض» فلا إشكال في زوال ملك المتّهب، بل في المسالك[1] وعن ظاهر المحكي عن التذكرة[2]: الاتّفاق عليه.

وإنّما الكلام في صحّة البيع وفساده، وإليه أشار المصنّف بقوله:

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٤٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٧ (الطبعة الحجرية).

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ[1] والقاضي[2] ويحيى بن سعيد[3] على ما حكي عنهم: ﴿يبطل﴾ البيع؛ لأنّ الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، ولذا كان المصلّي يخرج بتكبيرة الإحرام الثانية من الصلاة ولا يدخل بها فيها.

و﴿لأنّه باع ما لا يملك﴾.

ولأنّ البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخّر عن البيع باعتبار كونه سبباً فيه، والسبب متقدّم على المسبّب، فلو كان الفسخ سبباً في صحّته لزم الدور.

﴿وقيل: يصحّ؛ لأنّ له الرجوع﴾ ولكن لم أعرف القائل به ممّن تقدّم على المصنّف، نعم هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه[4] وولده[5] والشهيد في الحواشي[6] والمحقّق الثاني[7] والشهيد الثاني[8] والخراساني[9] على ما حكي عن بعضهم.

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٤.

(٢) المهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٥.

(٣) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٧.

(٤) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٨، إرشاد الأذهان: العطايا / في الهبة ج ١ ص ٤٥٠، مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٨٠.

(٥) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٧.

(٦) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ٢٠٥.

(٧) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٦٦.

(٨) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٤٩.

(٩) كفاية الأحكام: الوقوف / في الهبة ج ٢ ص ٣٤.

لعموم: «أوفوا...»[1].

ولأنّ العقد يدلّ على تحقّق إرادة الفسخ قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع.

ولأنّه إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب، فيصير العقد بمنزلة الفضولي، وقد ملكه من إليه الإجازة، بل هو أولى؛ لأنّ بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكاً لها، بخلاف الفرض فإنّه قاصد إلى البيع مطلقاً.

ولأنّ ثبوت الفسخ فرع صحّة العقد في نفسه لأنّه أثره، فلو كان البيع فاسداً لم يترتّب عليه أثر.

ولأنّه بأوّل جزء منه تنفسخ الهبة، فيكون المحلّ قابلاً لمجموع العقد.

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده عند المصنّف؛ لما عرفت.

إلّا أنّه قد يناقش فيه: بأنّ المسلّم من الأوّل ما إذا اتّحد مورد الفسخ والعقد، لا مع التعدّد كما في الفرض، الذي هو فسخ الهبة وانعقاد البيع.

↑ ج ٢٨ / ١٩٤

وعدم الانعقاد بالتكبيرة الثانية للنهي عنها، ولأنّها وقعت في صلاة منعقدة... ولغير ذلك ممّا قرّرناه في محلّه.

والدور إنّما هو دور معيّة، كما ستعرف.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

كما أنّه قد يناقش في أدلّة القول الثاني: بفقد شرط وقوع البيع فيه وهو الملك ـ لأنّه لا بيع إلّا فيه ـ فلا وجه للتمسّك بالعموم مع فقد الشرط المعلوم.

وبما تقدّم في إجازة الفضولي والفسخ بالخيار: من اعتبار اللفظ الدالّ على ذلك ـ لقوله [عليه السلام]: «إنّما يحلّل الكلام»[١] ـ أو مطلق الدالّ ولو فعلاً، وأنّه لا يكفي القصد المجرّد عن ذلك.

وبالشكّ في تناول دليل الفضولي لمثله، على ما تقدّم في محلّه.

وبالمنع من توقّف الفسخ على صحّة العقد بل حصول لفظ يدلّ عليه، وإيقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على إرادة الفسخ فيقتضيه، وإن تخلّفت صحّة البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه.

وبأنّ السبب مجموع العقد، فلا يكفي ورود ما بقي على المحلّ بعد انتقاله إليه.

فالأولى من ذلك كلّه: الاستدلال على الصحّة بإطلاق ما دلّ على الرجوع الشامل للأفراد القوليّة والفعليّة، ومنها حينئذٍ البيع والعتق ونحوهما؛ إذ ليس المراد منه تصوّر معنى الفسخ وإنشائه، بل ولا تصوّر معنى الرجوع وإنشائه بلفظه، وإنّما المراد إيجاد ما يدلّ عليه أو يقتضيه من قول أو فعل، ومنه المفروض.

فيكون حينئذٍ دالاًّ على صحّة البيع، ولو بالتزام الاكتفاء في اشتراط

---

(١) الكافي: المعيشة / باب الرجل يبيع ما ليس عنده ح ٦ ج ٥ ص ٢٠١، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب أحكام العقود ح ٤ ج ١٨ ص ٥٠.

الملك فيه بنحو ذلك، فيؤثّر عقد البيع حينئذٍ فسخ ملك المتّهب ورجوع الملك إلى الواهب وانتقاله عنه، كما أثّر عقد بيع الأب على ولده انتقالاً من البائع إلى المشتري وتحريراً؛ لأنّه مقتضى الجمع بين «لا عتق إلّا في ملك»[1] و«من اشترى أباه انعتق عليه»[2] وقلنا بكفاية الترتّب الذاتي عن الزماني جمعاً بين الأدلّة.

وكذا المقام، فإنّه بعد أن شرّع[3] الرجوع بالبيع لا محيص عن التزام ذلك كلّه فيه، كما أنّه بعد أن شرّع الرجوع بالوطء ـ مثلاً ـ كان فعله سبباً لفسخ الملك عن المتّهب ـ مثلاً ـ مقارناً لدخوله في ملك الواطئ لكي يقع الوطء في ملك، فلا يكون أوّله محرّماً وثانيه محلّلاً، والمقام من هذا القبيل عند التأمّل.

فلا وجه حينئذٍ لهذه الإشكالات التي منها: أنّه لا وجه لاقتضاء البيع صيرورة الملك لشخصين في زمان واحد؛ إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك والخروج عنه في زمان واحد في صورة شراء الأب.

↑ ج ٢٨ / ١٩٥

والترتيب الذاتي آتٍ هنا، بأن يقال: اقتضى الانفساخ والدخول في ملك البائع ومنه إلى المشتري كما هو واضح، فإنّ العمدة ثبوت شرعيّته المقتضية ذلك كلّه، خصوصاً بعد معلوميّة كون الأسباب الشرعيّة من

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٠.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٧ من كتاب العتق ج ٢٣ ص ١٨.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: له.

قبيل الأوضاع الجعليّة ، فيجوز فيها ذلك كلّه بعد مجيء الدليل ، لا أنّها أسباب عقليّة ، والله العالم .

هذا كلّه في الهبة الصحيحة .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كانت الهبة فاسدة صحّ البيع على﴾ جميع ﴿الأحوال﴾ من غير فرق فيها بين هبة الرحم والمعوّض عنها وغيرهما ؛ ضرورة بقاء المال حينئذٍ على ملك مالكه ، بل في القواعد : الإجماع على ذلك (١) .

بل لعلّه كذلك في حالَي العلم بالفساد والجهل به ، وإن كان قد يشكل في الثاني بما في المسالك من «عدم قصده النقل عن ملكه ؛ لبنائه على أنّه ملك غيره ، والعقود تابعة للقصود ، ولعلّه لو علم بالفساد وأنّ المال ماله لم يبعه» .

«بل على تقدير احتمال إرادته البيع مطلقاً فمجرّد إيقاعه البيع أعمّ من قصده إليه على تقدير علمه بملكه وعدمه ، والعامّ لا يدلّ على الخاصّ ، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالكاً مشكوك فيه ، فلا يكون العقد فيه معلوم الصحّة» (٢) .

لكن قد يدفع أوّلاً : بأنّ المفروض صدور البيع منه على أنّه رجوع بالهبة التي يزعم صحّتها على حسب البيع المذكور في المسألة السابقة ، وهذا لا يكون إلّا بقصد نقل ملكه ، ولعلّه لذا حكى في القواعد الإجماع

---

(١) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٠ (بتصرّف في بعض العبائر).

كما سمعت ، وإن حكى الخلاف فيها فيمن باع مال مورّثه فبان موته واستوجه الصحّة في كتاب البيع [١] ؛ لوضوح الفرق بينهما حينئذٍ .

وثانياً : أنّ وقوع البيع يقتضي قصد نقل المال إلى المشتري ، وكونه عنه أو عن غيره ليس من مشخّصاته ؛ ولذا لو قصد بيع مال الغير عن نفسه لم يخرج عن الفضوليّة ، فكذا لو قصد بيع ماله ـ ولو واقعاً ـ عن غيره لم يخرج عن كونه بيعاً لازماً .

كما أنّه يدفع الأخير : بأنّ إيقاع العقد واللفظ [٢] الصريح كافٍ في الدلالة على القصد إليه شرعاً نحو نظائره من العقود ؛ إذ لا يشترط في صحّته العلم بكونه قاصداً إلى ذلك الشيء حيث يكون شرعيّاً ، بل يحمل إطلاق لفظه ـ حيث يتجرّد عن قرائن عدم القصد ـ على كونه قاصداً ، بخلاف الهازل والمكره .

ج ٢٨ / ١٩٦

وممّا ذكرنا يظهر لك النظر فيما في المسالك من استحسان الرجوع إلى قوله «بمعنى : أنّه إن أخبر عن قصده إرادة البيع وإن كان مالكاً صحّ ، وإن قصده لكونه فضوليّاً لم يصحّ على تقدير ظهور كونه مالكاً ؛ لعدم توجّه قصده إلى البيع اللازم ، ولأنّ هذا أمر لا يمكن معرفته إلّا منه ، فيرجع إليه فيه كنظائره» [٣] .

حتّى أنّه أشكل قول المصنّف : ﴿وكذا القول فيمن باع مال مورّثه

---

(١) قواعد الأحكام: البيع / في المتعاقدين ج ٢ ص ١٩.

(٢) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ : باللفظ.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

وهو يعتقد بقاءه﴾ ـ الظاهر في أنّ مفروض المسألة السابقة حال الجهل أيضاً ؛ بقرينة التشبيه ـ بما قدّمه «من عدم قصده إلى البيع اللازم ، وإنّما قصد الفضوليّة ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال ، خصوصاً مع ادّعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكاً»[١].

ثمّ قال : «ولعلّه أقوى لدلالة القرائن عليه ، فلا أقلّ من احتماله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً ، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع»[٢].

وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم تشخيص العقد بذلك وإن قصده ، فيترتّب عليه حينئذٍ ما يقتضيه من الأثر ، إن لزوماً فلزوم ، وإن فضولاً ففضول ، وحينئذٍ فلا مدخليّة لبيان حمل المطلق على قصد البيع لنفسه وعدمه ، هذا .

وكأنّ المصنّف عطف هذه المسألة على السابقة بقوله : «وكذا» ـ مشعراً بالفرق بينهما ـ لما ذكرناه أوّلاً : من فرض البيع الرجوعي الذي هو المبحوث عنه في أصل المسألة ، وحينئذٍ لا إشكال في الفرق بينهما ؛ ضرورة قصد البيع لنفسه وقد صادف اجتماع الشرائط في الواقع حتّى لو كان جاهلاً بالفساد ، بل ولو كان زاعماً صحّة الهبة وكانت لرحم لكنّه فعل ذلك لزعم جواز الرجوع بها أيضاً ، بل قد يقال : إنّ الحكم كذلك لو فعل ذلك بقصد الظلم والغصب بالرجوع الذي هو غير مشروع ، وإن كان لا يخلو من إشكال .

(١ و٢) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥١.

ولعلّه على ذلك ينزّل ما في الدروس ، فإنّه ـ بعد أن حكى عن الشيخ تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورّثه في الحكم بصحّة البيع وإن جهل الحال ـ قال : «وقد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال الموروث بخلاف الموهوب»[1].

فيسقط عنه ما اعترضه به في المسالك ؛ حيث إنّه ـ بعد أن حكى ذلك عنه ـ قال : «ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق ؛ فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطلة حاصل في المسألتين ، وبمعنى اللزوم منتفٍ فيهما ، ولا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى»[2].

ج ٢٨ / ١٩٧

إذ قد عرفت أنّ كلامه في الفرض الذي ذكرناه ؛ وهو البيع لنفسه ولو ظلماً بإرادة الرجوع بالهبة اللازمة في ظنّه .

نعم ، قد عرفت أنّ الأقوى فيه الصحّة على التقدير المزبور ؛ لعموم الأدلّة ، وربّما كان في قول المصنّف : ﴿وكذا﴾ فيما ﴿لو[3] أوصى برقبة معتقة وظهر فساد عتقه﴾ إشارة إلى ما قلناه ، فإنّه نحو مفروض المسألة ؛ ضرورة كونه أوصى برقبة يزعم عتقها .

ومن هنا استوجه في المسالك كلام الدروس فيها ؛ لـ «عدم قصده إلى الوصيّة الشرعيّة ، بل بمنزلة الهازل والعابث بالنظر إلى ظاهر حاله ، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر ، بخلاف من باع مال

(١) الدروس الشرعيّة: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٩.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: إذا.

غيره، فإنّه قاصد إلى بيع صحيح شرعي، غايته أنّه جائز من قبل المالك لكنّه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعي مقصود إليه وإن لم يقصد إلى لزومه مطلقاً»[١].

لكنّه ـ كما ترى ـ لا دليل على اعتبار مثل ذلك في الصحّة، بل مقتضى عموم الأدلّة وإطلاقها الصحّة؛ ولذا كان بيع الغاصب ـ القاصد ترتّب الأثر على بيعه معاملاً للمغصوب معاملة مال نفسه ولو ظلماً ـ من الفضولي.

ودعوى: أنّ ذلك والفرض وأشباههما كالهازل والعابث غريبة، بل هو قصد صحيح في نفسه كغيره من مقاصد عقلاء أهل[٢] الدنيا وإن لم يترتّب عليه أثر شرعي.

بل من ذلك عقد الكتابيّة والمخالفة متعةً مثلاً، فإنّ الظاهر الصحّة وإن زعما الفساد، فإنّ الصحّة الشرعيّة تترتّب على القصد العرفي قصدت أو لم تقصد، بل وإن قصد عدمها بعد فرض حصول سببها الشرعي، كما هو واضح.

بل لعلّ السرّ في ذكر المصنّف وغيره[٣] المثالين المزبورين إرادة بيان اتّحاد الحكم، وأنّه الصحّة على جميع التقادير، فتأمّل جيّداً، لكي لا يخفى عليك محالّ النظر فيما في المسالك[٤] وغيرها[٥].

(١ و٤) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٢.

(٢) ليست في بعض النسخ.

(٣) كالعلّامة في القواعد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

(٥) كالحدائق الناضرة: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٤٥ فما بعدها.

المسألة «الثانية»

«إذا تراخى القبض عن العقد ثمّ أقبض حكم بانتقال الملك»

لعدم اعتبار الفوريّة فيه بلا خلاف أجده [١]؛ لإطلاق ما دلّ على شرطيّته ممّا تقدّم سابقاً، بل لعلّ مرسل أبان [٢] منها ظاهر في عدم اعتبار الفوريّة فيه، بل ينبغي القطع به بناءً على أنّه شرط للّزوم لا الصحّة كما اعترف به بعضهم [٣].

↑ ج ٢٨ / ١٩٨

نعم، في القواعد: الإشكال في ذلك [٤] بناءً على أنّه شرط للصحّة؛ لكونه حينئذٍ جزء السبب فأشبه القبول، وللاقتصار على المتيقّن.

وفيه: أنّ كونه جزء السبب لا يقتضي الفوريّة بعد إطلاق الأدلّة، ووجوبها في القبول باعتبار كونه جواباً للإيجاب، فيخرج حينئذٍ [٥] ـ مع عدم الفوريّة ـ عن طريق التخاطب المعتبر في العقود كالعربيّة.

ولعلّ الأولى في وجه الإشكال: احتمال توقّف حقيقة الهبة عليه لأنّها عطيّة وإيتاء، فالعقد بدونه لا يكون هبة، كما هو مقتضى الخبر

(١) نسبه إلى الأصحاب ـ فقال: «صرّحوا» ـ في الحدائق الناضرة: (انظر الهامش السابق: ص ٣٥٠).

وممّن ذكر ذلك الشيخ في المبسوط: كتاب الفطرة ج ١ ص ٢٤٠، والعلّامة في التحرير: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٢٨٣، والكركي في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٤، والشهيد الثاني في المسالك: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٣.

(٢) تقدّم في ص ٣٥٧.

(٣) كالفخر في الإيضاح: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٤، واستحسنه في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٥٤.

(٤) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٧.

(٥) ليست في بعض النسخ.

المتقدّم: «لا تكون الهبة هبةً حتّى يقبضها»[١].

منضمّاً ذلك إلى دعوى ظهور الأدلّة في أنّ الهبة التي يترتّب عليها الأثر ليست إلّا شيئاً واحداً يحصل في زمان واحد مثل البيع والإجارة ونحوهما، وحينئذٍ فسببيّة الهبة ـ بناءً على اعتبار ذلك في مفهومها ـ ينافيها التراخي، بل لا أقلّ من الشكّ في شمول الأدلّة لها معه.

وبه يفرّق بينه وبين غيره ممّا اعتبر القبض في صحّته؛ كالوقف ونحوه ممّا هو غير داخل في مفهومه، وإن اعتبر في ترتّب أثر السبب عليه لكونه شرطاً له.

بل كأنّ ذلك هو السبب في اتّفاق القائلين بكونه شرطاً للصحّة على انتقال الملك به ﴿من حينـ﴾ـه أي ﴿القبض، لا﴾ أنّه كاشف عن حصوله ﴿من حين العقد، وليس كذلك الوصيّة؛ فإنّه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول وإن تأخّر﴾ القبض عنهما؛ لعدم مدخليّته في الملك بها لإطلاق الأدلّة، كما تسمع تحقيق الحال فيه[٢] إن شاء الله، مع أنّ مقتضى القواعد ـ التي قرّرناها غير مرّة في نظائره ـ كونه كاشفاً بناءً على أنّه من الشرائط، فما ذاك إلّا لعدم حصول الهبة إلّا به، فلا سبب متقدّم عليه حتّى يكون هو شرطاً كاشفاً.

إلّا أنّ الجميع كما ترى؛ ضرورة عدم توقّف الهبة بمعنى العقد عليه،

---

(١) تقدّم في ص ٣٥٧.

(٢) في بعض النسخ: فيها.

وإن توقّف بمعنى العطيّة ، والكلام الآن في الأُولى ، فليس هو حينئذٍ بالنسبة إليها إلّا شرطاً .

وكان مقتضى ما عرفت أن يكون كاشفاً ، لكنّ ظاهر ما دلّ على شرطيّته ـ مع الإجماع ـ حصول النقل به لا قبله ، والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو قال: وهبت ولم أُقبضه، كان القول قوله﴾ بلا خلاف أجده فيه [1] ، بل عن المبسوط [2] والمهذّب [3] والتذكرة [4] والتحرير [5] والدروس [6] والحواشي [7] : أنّه كذلك وإن قال مع ذلك : «خرجت منه» المراد منه أنّي أذنت له في قبضه .

كلّ ذلك لما عرفت من عدم دخول الإقباض في حقيقة الهبة العقديّة ، بناءً على انصراف الإطلاق إليها .

↑ ج ٢٨ / ١٩٩

ولا يقدح في ذلك كونه شرطاً للصحّة ، فيكون إنكاره كدعوى الفساد المعلوم تقديم دعوى الصحّة عليها ؛ لما في المسالك من «الفرق بين الأمرين ، فإنّ منكر الإقباض لا يدّعي فساد الهبة ، وإنّما ينكر أمراً

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٥١.

(٢) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٦.

(٣) المهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

(٥) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٣.

(٦) الدروس الشرعيّة: الهبة / درس ١٧٢ ج ٢ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٧) نقله عنها في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

من الأُمور المعتبرة فيها وأنّها لم تتحقّق بعدُ، كما لو أنكر الإيجاب والقبول، وإن اشترك الجميع في عدم صحّة العقد بدونه»[١].

وهو تامّ لو كانت الدعوى من الواهب، أمّا[٢] إذا كانت من وارثه التي هي دعوى الفساد بعد إقراره بأنّ مورّثه قد وهب ولكنّه لم يقبض.

بل قد يشكل ذلك فيه أيضاً؛ ضرورة أنّ مبنى عدم كون الإقرار بالهبة إقراراً بالقبض ـ الذي هو أحد أركان صحّتها ـ دعوى[٣]: كون المعروف شرعاً من الهبة هو الإيجاب والقبول خاصّة، والقبض وإن كان معتبراً في الصحّة إلّا أنّه خارج عن ماهيّتها، وقد تقدّم[٤] في تعريف الهبة «أنّه العقد...» إلى آخره، ولا شبهة في أنّ القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضي الإقرار بالآخر.

لكن قد يمنع ذلك بناءً على ما تقدّم غير مرّة: من دخول المعاطاة في مفهوم هذه الأسماء كالبيع والإجارة ونحوهما، وحينئذٍ فلا تكون أسماءً للعقود حينئذٍ كي يتمّ الكلام المزبور.

ويدفع بأن يقال: إنّا وإن قلنا بعدم كونها أسماءً للعقود نفسها، لكنّها اسم للأثر الحاصل بالعقد، ومن المعلوم كونه التمليك المزبور، لا الأثر الحاصل من العقد وشرائطه، وليس القبض داخلاً في مفهومه، وحصوله

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٤.

(٢) جواب «أمّا» غير واضح في العبارة، كما أنّ الجواب عن هذا الكلام سوف يأتي في الصفحة الآتية س ٧ بقوله: «كما أنّه قد يدفع الأوّل».

(٣) الهامش قبل السابق.

(٤) في ص ٣٣٧.

بالفعل لا يقتضي دخول ما أفاده الفعل من الإقباض في حقيقته، بل أقصاه حصول الأمرين به معاً.

وحينئذٍ على كلّ حال فالإقرار بها ليس إقراراً به، بل لعلّه كذلك حتّى لو قلنا بأنّ المعاطاة الفعليّة نفسها هبة؛ ضرورة تعدّد أفرادها، والإقرار بفرد منها لا يقتضي الآخر، فعلى مدّعيه البيّنة حينئذٍ، فيتّجه ما ذكره المصنّف.

كما أنّه قد يدفع الأوّل: بأنّ دعوى الوارث عدم القبض ليس دعوى فساد، وإنّما هي قائمة مقام دعوى المورّث، وإن قارن ذلك حصول انفساخ بالموت، لكن لا يكون به دعوى فساد على وجهٍ تُقدّم عليه دعوى الموهوب له بأنّه قد أُقبض، فتأمّل.

وكيف كان، فالإقرار بالهبة ليس إقراراً بالقبض، نعم لو قلنا بدخول القبض في مفهومها اتّجه حينئذٍ عدم تقديم قوله ﴿و﴾ لكن قد عرفت فساد الدعوى المزبورة.

نعم ﴿للمقرّ له إحلافه إن ادّعى﴾ عليه ﴿الإقباض﴾ لعموم «البيّنة...»[1].

↑ ج ٢٨ / ٢٠٠

أمّا إذا لم يدّعه فلا يتوجّه له عليه يمين؛ لعدم كونه منكراً حينئذٍ كما هو واضح.

---

(١) عوالي اللآلي: ح ١٧٢ ج ١ ص ٢٤٤، مستدرك الوسائل: باب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٤ ج ١٧ ص ٣٦٨، كنز العمّال: ح ١٥٢٩٧ ج ٦ ص ١٩٠، الجامع الصغير: ح ٣٢٢٦ ج ١ ص ٤٩٦، معرفة السنن والآثار: ح ٥١٨٥ ج ٦ ص ٤٢١، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٥٢.

لكن في المسالك: «أنّه منكر أيضاً ولكن لا يمين عليه؛ إذ ليس كلّ منكر يتوجّه عليه اليمين بمجرّد الإنكار، بل لابدّ من انضمام دعوى ما أنكره المنكر»[(١)]. وفيه ما لا يخفى، هذا.

وليعلم أنّ المحكي عن المبسوط[(٢)] والمهذّب[(٣)] والتذكرة[(٤)] والتحرير[(٥)]: تقييد أصل الحكم المزبور بما إذا لم يكن الموهوب في يد المتّهب، أو بما إذا كان في يد الواهب، على اختلافهم في التعبير. ومقتضاه: أنّه متى كان كذلك فالقول قوله؛ لأنّ كونه في يده كناية عن إقباضه.

ولعلّه لأنّهم فرضوا المسألة فيما لو ضمّ إلى قوله: «وهبته»: «خرجت منه إليه» الذي هو بمعنى الإذن بقبضه، وإلّا فمجرّد كونه في يده لا يدلّ على القبض بإذنٍ، ومن هنا حكي عن المبسوط في باب الإقرار: «أنّ القول قول الواهب، وأنّه لا فرق بين أن يكون الموهوب في يد الواهب أو المتّهب؛ لأنّه قد يقبضه بغصب وغيره»[(٦)].

بل قد يقال: إنّ الحكم كذلك حتّى مع الضميمة المزبورة، فإنّ الإقرار بالإذن لا يقتضي كون يده عليه حال الدعوى بالإذن السابقة؛

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٤ (بتصرّف في صدر العبارة).

(٢) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٦.

(٣) المهذّب: الوقوف / الهبة عقد جائز ج ٢ ص ٩٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤١٨ (الطبعة الحجرية).

(٥) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٣.

(٦) المبسوط: كتاب الإقرار ج ٣ ص ٣٣.

ضرورة كونها أعمّ من ذلك، فتأمّل جيّداً.

﴿وكذا لو قال: وهبته وملّكته ثمّ أنكر القبض﴾ في أنّ القول قوله إذا كان ممّن يرى أنّ الملك بالعقد ولو تقليداً، بل وإن لم يعلم حاله ﴿لأنّه يمكن أن يخبر عن وهمه﴾ ومتى احتمل فيه ذلك لم يحكم عليه بالإقرار بالقبض الذي تقتضي الاُصول نفيه.

نعم، لو علم أنّ مذهب المقرّ توقّف الملك على الإقباض ولو تقليداً حكم عليه بالإقباض، كما صرّح به غير واحد[1].

لكن قد يناقش: بإمكان إرادته التأكيد أو الهبة بصيغة التمليك الذي قد عرفت أنّها تنعقد به، ومع ذلك يحتاج إلى القبض صحّةً أو لزوماً.

ودفعها: باقتضاء ذلك التأكيد الذي هو مرجوح بالنسبة إلى التأسيس.

ردّه في المسالك بـ«أنّ ألفاظ الأقارير لا تنزّل على مثل هذه القواعد مع احتمال الأمرين، بل يعتبر فيها المعاني الظاهرة، وهذه اللفظة مشتركة بين الصيغة وأثرها، فحملها على الثاني دون الأوّل ترجيح من غير مرجّح، كما في الإقرار بلفظ مشترك، فإنّه لا ينزّل على أحد معنييه بدون القرينة، وحمل العطف على المغايرة مطلقاً ممنوع، فإنّه كما يجوز عطف الشيء على مباينه يجوز عطفه على مرادفه، كما هو محقّق في بابه»[2].

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الهبات / في الأحكام ج ٦ ص ٥٥، والبحراني في الحدائق: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٥١.

(٢) انظر «المسالك» في الهامش السابق: ص ٥٦.

وفيه: أنّه لا إشكال في جوازه، إنّما الكلام في مساواة احتماله للآخر مع عدم القرينة، ولا ريب في منعها، ومرجع هذه القواعد إلى ظاهر الخطاب الذي لا إشكال في حجّيّته في الإقرار وغيره.

ج ٢٨ / ٢٠١

وأغرب من ذلك قوله متّصلاً بما سمعته منه: «وعلى تقدير تسليم ظهور المعنى الثاني أو أغلبيّته على الأوّل ينبغي أن يرجع إليه في القصد، لا أن يتعيّن حمله على الغالب، كما نبّهوا عليه في نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين، فإنّه يقبل من المقرّ إرادة أحدهما وإن حمل إطلاقه على الغالب منهما، كما لو قال: «له عليَّ درهم ودرهم ودرهم» فإنّه يقبل منه دعوى إرادة تأكيد الأوّل بالثاني، و[1]الثاني بالثالث، وإن كان العطف يقتضي المغايرة وكان الغالب عدم التأكيد»[2]؛ إذ لا معنى للرجوع إليه بعد فرض ظهور لفظه ـ ولو بسبب الغلبة ـ في ذلك؛ لما عرفت من حجّيّة ظاهر اللفظ.

نعم، لو ضمّ إليه مع ذلك ما يصلح لصرف ذلك الظاهر، اتّجه حينئذٍ عدم الأخذ به كما في سائر الخطابات، والقبول في المثال ـ مع فرض ظهور الإطلاق في خلافه، وتأخّر دعوى إرادة التأكيد عن زمان الإقرار ـ ممنوع.

فالمتّجه حينئذٍ التفصيل في المفروض: بين اتّصال ما يقتضي صرف ذلك الظاهر على قياس المخاطبات التي هي كذلك عرفاً ولا يعدّ فيه من

(١) «الأوّل بالثاني، و» ليست في المصدر، وأُشير في هامش المصدر إلى نسخة بدل «الثاني بالثالث»: «الثاني والثالث».

(٢) انظر الهامش قبل السابق: ص ٥٦ ـ ٥٧.

التناقض فلا يؤخذ به، وبين غيره الذي هو ليس كذلك فيؤخذ به ويحكم عليه ولم يسمع إنكاره بعد ذلك ولا تأويله ولو متّصلاً به، اللّهمّ إلّا أن يكون بحيث يقبل التأويل المتأخّر على وجهٍ يكون الأخذ بإطلاقه مبنيّاً على عدم ذكر تأويله، فتأمّل جيّداً.

هذا كلّه فيما إذا جاء باللفظين، أمّا لو اقتصر على ملكيّته فعن بعضهم[1]: كذلك يأتي فيه البحث السابق، ولم يستجوده في المسالك؛ لعدم ما يقتضي المغايرة فيه بخلاف الأوّل، وحينئذٍ فاحتمال إرادة الهبة المقبوضة منه كاحتمال إرادة إيقاع صيغة الهبة خاصّة بلفظ التمليك من غير غلبة أحدهما على الآخر[2].

وفيه: أنّه وإن لم يكن فيه ما يقتضي المغايرة من عطف ونحوه، لكن قد يدّعى ظهوره مع الإطلاق في الإخبار بحصول أثر الملك، نعم لو قرنه بما ينافي ذلك ـ من عدم القبض ونحوه ـ اتّجه حينئذٍ الحكم بعدم اقتضائه الإقرار بالقبض، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

ج ٢٨ / ٢٠٢

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا رجع في الهبة﴾ المجّانيّة حيث يكون له ذلك ﴿وقد عابت﴾ بزيادة أو نقصان ﴿لم يرجع بالأرش﴾ بلا خلاف أجده فيه[3]؛

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٧.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣٠٨، والجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٦، وتحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨١، واللمعة الدمشقيّة: كتاب العطيّة ص ١٠٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٦ ج ٣ ص ٢٠٥.

للأصل ، ولأنّه حدث في عين مملوكة للمتّهب ، وقد سلّطه مالكها على إتلافها مجّاناً ، فلم تكن مضمونة عليه ، سواء كان التعيّب بفعله أم لا .

﴿وإن زادت[1] زيادة متّصلة﴾ لعلف ونحوه ـ كالسمن ـ ولو بفعله على وجهٍ يكون جزءً من العين ﴿فللواهب﴾ بلا خلاف[2] أيضاً ولا إشكال ؛ لأنّها من العين المفروض جواز الرجوع بها .

﴿وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد؛ فإن كانت متجدّدة كانت للموهوب له﴾ لأنّها نماء ملكه ، وخارجة عن العين ﴿وإن كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب﴾ لأنّها حينئذٍ من الهبة التي فرضنا جواز رجوعه بها ، بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء منه.

بل صريح بعض[3] وظاهر آخر[4] : عدم الفرق في الأوّل بين كون الرجوع بعد الانفصال ـ بالولادة أو بالحلب أو بالقطف ـ أو قبله ، كالحمل قبل انفصاله ، واللبن قبل أن يحلب ، والثمرة قبل قطافها ، والصوف المستجزّ قبل جزّه ؛ لأنّ الجميع منفصل شرعاً وعرفاً عن العين الموهوبة ، لأنّه شيء جديد .

نعم ، في الوسيلة : الرجوع بالحيوان الحامل مع حمله[5] ؛ بناءً منه

---

(١) في نسخة الشرائع: زاد.

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

(٣) كالكركي في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٦٨، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٥، والبحراني في الحدائق: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٥٢.

(٤) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٠٦ ج ٣ ص ٢٠٥.

(٥) الوسيلة: بيان الهبات ص ٣٧٩.

على أنّه كالجزء من الأُمّ. وهو كما ترى.

وأمّا الصوف والشعر إذا لم يبلغ أوان جزّه، ففي المسالك: «أنّ الأجود تبعيّته للعين»[1]. وهو حسن مع فرض كونه كذلك عرفاً، هذا.

ولكن بقي الكلام في أمرين:

أحدهما: أنّه قد تقدّم[2] لزومها بتلف البعض كالكلّ، فإطلاقهم الرجوع هنا بالعيب ـ الذي قد يكون بتلف البعض ـ لا يخلو من تسامح.

الثاني: أنّهم أطلقوا[3] هنا كون الزيادة للواهب إذا كانت متّصلة، بل صرّح بعضهم[4]: بأنّها كذلك وإن كانت من فعله، وقد صرّحوا في خيار الغبن[5] بمشاركة المشتري للبائع المغبون إذا فسخ بزيادة الصفة في العين، بل وبغير ذلك ممّا يأتي مثله في المقام، ولم يشر أحد منهم إلى شيء من ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٢٠٣

نعم، في المسالك قد ذكر الأقسام هنا، وهي: كون العين بحالها، ونقصانها بما يوجب الأرش أو بما لا يوجبه، وزيادتها بما يوجبه أيضاً

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٨.

(٢) في ص ٣٩٥.

(٣) انظر هامش (٣) من ص ٤٣١.

(٤) كالعلّامة في القواعد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٨، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب العطيّة ج ٣ ص ١٩٥.

(٥) ينظر مسالك الأفهام: التجارة / خيار الغبن ج ٣ ص ٢٠٥، والروضة البهيّة: المتاجر / في الخيار ج ٣ ص ٤٦٨، وتقدّم البحث فيه مستوفى في ج ٢٤ ص ٨٠...

أو بما لا يوجبه، أو يوجب زيادة في القيمة، أو جامعة بين الأمرين، متّصلة تلك الزيادة أو منفصلة مطلقاً أو من وجه، وتغيّرها بالامتزاج بالأجود والمساوي والأدنى، أو بغيره من الأعمال كالنجارة والقصارة والطحن، أو غير ذلك من التغيّرات[1].

ولم يتعرّض لحكمها، بل ظاهره موافقة المصنّف على إطلاقه، كما أنّه لم يتعرّض لضمان الواهب لما يتضرّر به الموهوب برجوعه من نقض بناء أو غرس أو نحوهما.

ولعلّ ذلك كلّه للإحالة على ما تقدّم ممّا لا يصعب جريان ما تقتضي القواعد جريانه هنا على من أحاط خبراً بما مضى من المسائل السابقة في العارية وفي خيار الغبن وغيرهما، فلاحظ وتأمّل، أو على ما تسمعه منه ـ إن شاء الله ـ في المسألة السادسة.

مع احتمال عدم اختيار الشركة في الصفات المحضة من المصنّف وغيره ممّن أطلق، بل يختصّ الواهب بالعين وإن زادت بذلك؛ لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها، كما ذكرنا ذلك في خيار الغبن، فلاحظ.

كما أنّه لا يخفى عليك: حكم الرجوع بالتغيير ولو بغير فعله بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون المدار على صدق بقاء الموهوب بعينه، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٧ ـ ٥٨.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا وهب وأطلق﴾ فضلاً عن أن يكون قد اشترط العدم ﴿لم تكن الهبة مشروطة بالثواب﴾ سواء كانت من المساوي أو من الأدنى أو من الأعلى، بلا خلاف محقّق أجده فيه[1]، وإن حكي[2] عن المبسوط والخلاف، إلّا أنّ الظاهر من المحكي عنهما[3] ـ خصوصاً الأوّل ـ إرادة اشتراط لزومها به، فلو كانت حينئذٍ لرحم مثلاً لزمت حينئذٍ بدونه.

نعم، عن كافي أبي الصلاح: أنّ هديّة الأدنى إلى الأعلى تقتضي الثواب بمثلها، ولا يجوز له التصرّف فيها قبل الإثابة أو العزم عليها[4]. ولعلّه يريد ما هو المتعارف من إرادة الثواب بمثل الفرض، وهو خارج عمّا نحن فيه.

وحينئذٍ يتمّ ما حكيناه من نفي الخلاف في ذلك بيننا، وكذا ما في السرائر من أنّ «عليه إجماع أصحابنا، وأنّ أحداً لم يذكر ذلك في مسطور»[5]، وهو الحجّة بعد إطلاق الأدلّة.

نعم، هي وإن لم تكن مشروطة به ولكن له الإثابة وعدمها ﴿فإن

---

(١) نسبه إلى الأصحاب في مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٥٩.

(٢) حكاه في مختلف الشيعة: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨، وجامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧٤، والحدائق الناضرة: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٣٠.

(٣) انظر المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١٠، والخلاف: الهبة / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٥٦٨.

(٤) الكافي في الفقه: في الهديّة ص ٣٢٨.

(٥) السرائر: الوقوف / باب الهبات والنحل ج ٣ ص ١٧٥.

أثاب لم يكن للواهب الرجوع﴾ مع قبوله ؛ لما عرفته سابقاً من أدلّة لزومها بذلك .

ج ٢٨ / ٢٠٤

نعم ، لا يجب عليه القبول للأصل ؛ ولأنّه بمنزلة هبة جديدة لا يجب عليه قبولها ، خصوصاً بعد اقتضائه سقوط حقّه من الرجوع ، كما تقدّم الكلام في ذلك .

بل الظاهر أيضاً عدم جواز الرجوع للموهوب بثوابه ؛ لأنّه أيضاً من الهبة التي أُثيبت .

﴿وإن شرط الثواب﴾ في هبته ﴿صحّ﴾ بلا خلاف فيه عندنا [١]، بل عن التذكرة : الإجماع عليه [٢]؛ للإطلاق ، خلافاً لما عن أحد قولي الشافعي : من عدم الجواز ؛ لمنافاته مقتضاها الذي هو المجّانيّة [٣]. وفيه منع واضح .

بل لا فرق في صحّته ﴿أطلق أو عيّن﴾ بلا خلاف أجده في الثاني منهما [٤]، بل عن ظاهر التذكرة : الإجماع عليه [٥]، بل والأوّل على ما عن المفاتيح [٦] وظاهر قوله في المسالك : «عندنا» [٧].

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٣٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأركان ج ٢ ص ٤٢٢ (الطبعة الحجرية).

(٣) العزيز: ج٦ ص ٣٣٢، حلية العلماء: ج٦ ص٥٨، مغني المحتاج: ج ٢ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥٣١، المغني (لابن قدامة): ج٦ ص ٢٩٩، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٤٧.

(٤) كما في مفاتيح الشرائع: (انظر الهامش بعد الآتي).

(٥) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٢ (الطبعة الحجرية).

(٦) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٧ ج ٣ ص ٢٠٦.

(٧) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦٠.

لكن عن يحيى بن سعيد في الجامع: «وإن شرط مجهولاً لم يصحّ»[1].

وفيه: أنّه منافٍ لإطلاق الأدلّة، ولبنائها على المغابنة، ولأنّه مضبوط بالقيمة مع التعاسر.

ولخبر القاسم بن سليمان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب، أله أن يرجع فيها؟ قال: نعم إذا كان شرط له عليه. قلت: أرأيت إن وهبها له ولم يثبه، أيطأها أم لا؟ قال: نعم إذا كان لم يشترط عليه...»[2].

وخبر إسحاق بن عمّار قال: «قلت: الرجل يهدي الهديّة يتعرّض لما عندي، فآخذها ولا أُعطيه شيئاً، أيحلّ؟ قال: نعم هي لك حلال، ولكن لا تدع أن تعطيه»[3] الخبر[4].

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الثاني منهما لا شرطيّة فيه، وإن كان الداعي هو، والأوّل مراد منه إطلاق الثواب، المنزّل عند التعاسر على المثل أو القيمة، وهو غير الثواب المجهول.

ولكن فيه: ـ بعد التسليم ـ أنّ الإطلاق كافٍ.

---

(١) الجامع للشرائع: باب الهبة والصدقة ص ٣٦٦.

(٢) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ١٠ ج ٩ ص ١٥٤، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الهبات ح ٢ ج ١٩ ص ٢٤٢.

(٣) الكافي: المعيشة / باب الهديّة ح ٦ ج ٥ ص ١٤٣، من لا يحضره الفقيه: المعيشة / باب الهديّة ح ٤٠٨١ ج ٣ ص ٣٠١، وسائل الشيعة: باب ٩١ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ ج ١٧ ص ٢٩٣.

(٤) ليس للخبر تتمّة.

﴿و﴾ لكن ﴿له الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط﴾ مطلقاً أو معيّناً، بلا خلاف أجده فيه[١]؛ لإطلاق الأدلّة السابقة، وخصوص خبر القاسم، وأولويّته من العقد اللازم الذي ثبت الخيار فيه بعدم بذل الشرط... ولغير ذلك.

﴿ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء وإن[٢] كان يسيراً﴾ مع رضا الواهب به؛ لعدم ما يقتضي التعيين، بل الإطلاق قاضٍ بعدمه.

ج ٢٨ / ٢٠٥

ولو امتنع من قبوله فعن أبي علي: أنّه يثيبه حتّى يرضى[٣] كما عن بعض العامّة[٤]؛ لخبر أبي هريرة: «إنّ أعرابيّاً وهب للنبيّ صلى الله عليه وآله ناقته فأعطاه ثلاثاً فأبى، فزاده ثلاثاً فأبى، فزاده ثلاثاً، فلمّا استكمل تسعاً قال: رضيت»[٥]. الذي هو في غاية الضعف سنداً ودلالةً.

وعن التقي في الكافي في الهديّة: أنّه يثيبه قدر قيمة الهبة أو مثلها[٦]، كما عن بعض العامّة أيضاً[٧].

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الهبة / جملة من أحكامها ج ٢٢ ص ٣٣٠.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٦٩.

(٤) المجموع: ج ١٥ ص ٣٨٩، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٣٠٠، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٥) مسند الحميدي: ج ٢ ص ٤٥٣، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٣٠١، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٤٨.

(٦) الكافي في الفقه: في الهديّة ص ٣٢٨.

(٧) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٣٠٠، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨، المجموع: ج ١٥ ص ٣٨٩.

أو يثيبه مقدار ما يعتاد في جزاء مثله، كما عن المبسوط[١] والخلاف[٢] وغيرهما[٣]؛ لانصراف الإطلاق إليه.

وفي محكيّ الخلاف أيضاً: «لو قلنا: أن لا مقدار للثواب، وإنّما هو ما يثاب عنها قليلاً كان أو كثيراً، لكان قويّاً»[٤].

وعن التحرير: «إذا شرط ثواباً مجهولاً صحّ، ولزمه دفع ما يصدق عليه إطلاق الاسم»[٥].

وكأنّه يرجع إلى ما عن بعض العامّة: من الاكتفاء بأقلّ ما يتموّل[٦]، عكس ما عن آخر منهم أيضاً: من أنّه لابدّ من دفع ما يزيد على القيمة، وإلّا لباعها بالسوق[٧].

إلى غير ذلك ممّا لايخفى عليك وجهه ﴿و﴾ لا ما فيه، عدا القول بدفع المثل أو القيمة الذي يرجع إليه القول بدفع المعتاد ثواباً؛ ضرورة كونه المعتاد فصاعداً، لا أنقص من ذلك.

كما أنّه لا يخفى عليك أنّه ﴿لم يكن للواهب الرجوع[٨] مع قبضه﴾ لما عرفته من صيرورة العقد حينئذٍ لازماً، وإنّما الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله:

---

(١) المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١١.

(٢ و٤) الخلاف: الهبة / مسألة ١٤ ج ٣ ص ٥٧٠.

(٣) كمسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦١ (ينظر آخر كلامه).

(٥) تحرير الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٣ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٦) التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٥٣١.

(٧) الذخيرة (للقرافي): ج ٦ ص ٢٧٤.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك تأخّرت هذه الكلمة عن «مع قبضه».

﴿ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار﴾ بين ردّ العين وبين دفع المشترط. ونحوه ما في القواعد من أنّه «إن لم يرض ـ أي الواهب ـ بما دفع إليه تخيّر المتّهب بين دفع الموهوب وعوض المثل»[١].

قيل: «ومقتضاه عدم وجوب الوفاء عليه به»[٢].

وبناه في المسالك على كونه كذلك في العقد اللازم أيضاً، وإنّما فائدته جعل العقد اللازم جائزاً، أو على أنّ هذا العقد من العقود الجائزة خصوصاً من جهة الواهب فلم يجب الوفاء به، كما لا يجب الوفاء بأصله[٣].

وأشكله فيها أيضاً: «بأنّه من طرف المتّهب لازم، فلا يجوز له الفسخ بنفسه وإن لم يبذل المشروط، وتخيّره بين بذل العين والثواب المشروط لا ينافيه، وإنّما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصّة»[٤].

ج ٢٨ / ٢٠٦

كما أنّ الأوّل قد بيّنّا ضعفه في محلّه، وقلنا: إنّه منافٍ لعموم: «أوفوا...»[٥] و«المؤمنون عند شروطهم»[٦]، فيُلزم حينئذٍ بالوفاء وإن تسلّط البائع ـ مع ذلك ـ على الخيار مع فرض عدم وصول شرطه إليه.

---

(١) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

(٢) كما في مسالك الأفهام: (انظر الهامش الآتي).

(٣) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦٢.

(٤) المصدر السابق.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦) تقدّم في ص ١٨٢.

ويمكن أن يقال ـ بل لعلّه الظاهر ـ : إنّ الخيار المزبور في المتن وغيره[1] لا ينافي لزوم العقد، وردّ العين ـ باعتبار كونها ثواباً، أو أولى منه ـ ليس فسخاً للعقد، بل هو نحو ردّ العين في القرض وإن أوجب عقده المثل أو القيمة، لكن ردّه نفسه أولى بالقبول، فكذا ما نحن فيه.

نعم، يتسلّط الواهب على الفسخ مع الامتناع عن أصل البذل على نحو ما سمعته في غيره من العقود اللازمة؛ ولعلّه لذا جزم بعض[2] بتنزيل إطلاق المحكي عن جماعة[3] لزوم العوض على إرادة الخيار المزبور.

نعم، بقي الكلام في شيء آخر: وهو ما ذكره في المسالك أيضاً من أنّه «يفهم من قول المصنّف: (ولم يكن للواهب الرجوع مع قبضه) جواز رجوعه متى لم يقبضه وإن بذل[4] المتّهب، والأمر فيه كذلك، وقد تقدّم».

«ولا ينافيه عموم (أوفوا...)[5] ولا قول أبي عبد الله عليه السلام في الصحيح: (... تجوز الهبة لذي القربى والذي يثاب عن هبته، ويرجع

---

(١) كقواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠٧ ج ٣ ص ٢٠٦.

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ٢٥١.

(٣) كالشيخ في المبسوط: كتاب الهبات ج ٣ ص ٣١١، والخلاف: الهبة / مسألة ١٤ ج ٣ ص ٥٧٠.

(٤) تحتمل المعتمدة ـ كما في المصدر ـ: بذله.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

في غير ذلك...)[١] كما زعمه بعضهم؛ لأنّ عموم الوفاء بالعقود مقيّد بغير الجائز، وقد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه إذا سلّم دلالة الوفاء على المضيّ فيها مطلقاً، والإثابة في الخبر لا تتحقّق إلّا بالاتّفاق عليها، لا بمجرّد بذلها، ولم يحصل هنا»[٢].

قلت: الذي قدّمه في صدر المسألة ـ بعد أن ذكر الصور الاثني عشر ـ قوله: «وتفصيل حكمها: أنّه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً، ومع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً. ثمّ إن عيّنه لزم ما عيّن؛ بمعنى: أنّ المتّهب إن دفع المشروط، وإلّا تسلّط الواهب على الفسخ، وإن أطلق اشتراط الثواب لزم أيضاً الوفاء به، لكن إن اتّفقا على قدر فذاك، وإلّا وجب إثابة مقدار الموهوب عيناً أو قيمةً، ولا يلزمه الأزيد وإن طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقلّ، والمعتبر قيمة الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد، ويحتمل عند دفع الثواب»[٣].

↑ ج ٢٨ / ٢٠٧

وهو كالصريح في وجوب القبول عليه مع بذل المثل أو القيمة، بل لعلّه ظاهر تقييد عدم وجوب القبول بما إذا لم يذكر العوض في الهبة في القواعد[٤].

بل لعلّه ظاهر قول المصنّف: «مالم يدفع إليه...» إلى آخره، كالقواعد[٥]

(١) تقدّم في ص ٣٩١.

(٢) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦١.

(٣) المصدر السابق: ص ٥٩.

(٤ و٥) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

أيضاً، بل قيل: «إنّ مثل ذلك عبارة المبسوط والتحرير والدروس»[١].

بل لعلّه ظاهر ما سمعته أيضاً من الفاضل من الخيار المزبور إذا لم يرض الواهب باليسير، بل عن جامع المقاصد: نفي البعد عنه[٢].

نعم، عن الإيضاح: «أنّ الأقرب جواز الرجوع فيه»[٣].

وفيه: أنّه منافٍ لآية «أوفوا...»[٤] و«المؤمنون...»[٥] وغيرهما، وثبوت الجواز في غير الفرض لا يقتضي ثبوته فيه، وليس هو من الشرط في العقد الجائز، بل هو من الشكّ في لزوم العقد به بعد تسليم الشكّ.

بل ومنافٍ للصحيح المزبور[٦] الظاهر في صدق «يثاب عن هبته» على بذله من المتّهب، بل مقتضاه ذلك وإن كان يسيراً، إلّا أنّ انصراف إطلاق العوض المشترط إلى المساوي فصاعداً ـ مضافاً إلى قاعدة «لا ضرر...»[٧] وإلى العادة ـ صار سبباً للخروج عنه. أمّا إذا كان معيّناً

---

(١) مفتاح الكرامة: الهبة / في الأحكام ج ٢٢ ص ٢٤٠.

(٢) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧٦.

(٣) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢١.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) تقدّم في ص ١٨٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٩١.

(٧) سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٠ و٢٣٤١ ج ٢ ص ٧٨٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٩، المعجم الأوسط (للطبراني): ح ٥١٩٣ ج ٥ ص ٣٨٢، مسند أحمد: ج ٥ ص ٣٢٧، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١١٠، كنز العمّال: ح ٩١٦٧ ج ٣ ص ٩١٩ وح ٩٤٩٨ ج ٤ ص ٥٩.

فالظاهر لزومها ببذله وإن كان يسيراً.

وبذلك ظهر لك: أنّ ما في المسالك مشوّش، خصوصاً بعد ملاحظة كلامه في تفسير قوله في المتن: «ومع الاشتراط من غير تقدير...»[١]، إلى آخره، فلاحظ وتأمّل.

ولو خرج العوض أو بعضه مستحقّاً أخذه مالكه، ثمّ إن كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بدله، لكن[٢] للواهب الرجوع؛ لإطلاق دليله بعد ظهور فساد ما دفع من العوض، فيكون كما إذا لم يعوّض عنها.

وإن شرطت بالعوض ففي القواعد: «دفع المتّهب مثله أو قيمته مع التعيين، أو العين أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق»[٣].

وهو ظاهر أيضاً في وجوب دفع العوض وفي وجوب قبول الواهب له مع بذله.

↑ ج ٢٨ / ٢٠٨

اللّهمّ إلّا أن يحمل على إرادة بيان كفايته في عدم رجوع الواهب في العين ولو بقرينة ما تقدّم له سابقاً.

ولكن يشكل أيضاً: بأنّ الواجب على الواهب قبوله نفس العوض المذكور في العقد دون غيره؛ لعموم قوله [عليه السلام]: «المؤمنون...»[٤] وغيره.

نعم، لو رضي به وقبضه فلا بحث، لكن لا يختصّ بالمثل أو القيمة

---

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦١.

(٢) في بعض النسخ: ولكن.

(٣) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

(٤) تقدّم في ص ١٨٢.

حينئذٍ.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ فساد العوض فيها لا يقتضي فسادها؛ ضرورة كونه فيها كالمهر في النكاح؛ لأنّها تصحّ بدونه، وحينئذٍ تبقى صحيحة، ولكن لا وجه للمجّانيّة بعد فرض قصد المعاوضة بها، فليس حينئذٍ إلّا مثل العوض المذكور أو قيمته، نحو ما ذكروه في المهر الفاسد.

لكن لا يخفى عليك النظر في المقيس عليه ـ كما ذكرناه في محلّه ـ فضلاً عن حرمة القياس.

نعم، حكم بصحّة النكاح للإجماع والرجوع إلى مهر المثل، بخلاف المقام فإنّه لا شيء مقرّر هنا على تقدير الفساد، فالمتّجه حينئذٍ البطلان مع فرض ذكر العوض فيها على طريق ذكره في عقود المعاوضة، بناءً على صلاحيّة عقدها للتمليك كالنكاح، فلا يحتاج إلى سبب آخر.

نعم، لو ذكر العوض فيها على معنى اشتراط هبة عوض هبته أمكن القول بعدم اقتضاء ظهور استحقاقه فساد الهبة، ولكن يكون للواهب حينئذٍ الرجوع وإن بذل المتّهب المثل أو القيمة.

هذا كلّه في العوض المعيّن المشخّص، أمّا المطلق فيدفع بدله سواء كان مقدّراً كمائة درهم، أو لم يكن. ومن ذلك يعلم ما في عبارة القواعد من التشويش، والأمر سهل بعد وضوح الحال.

وفيها أيضاً: «ولو كان معيباً اُلزم بالأرش، أو دفع العين في المعيّنة لا المطلقة»[1]. وهو ظاهر في وجوب قبول الواهب مع دفع الأرش.

---

(١) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٠.

وفيه: أنّ المتّجه عدمه؛ لأنّ الفرض اشتراط العوض المعيّن المنصرف إلى الصحيح، فلا يجب عليه القبول. فالأولى: الإلزام بالعين، أو بما يرضى به الواهب ولو الأرش.

وأمّا المطلقة: فإن كانت من دون تقدير عوض أصلاً، ودفع عوضاً معيباً وهو مع العيب بقدر القيمة، فإنّه على ما سبق ليس له ردّه ولا الرجوع، وإن كان أقلّ طالب بالزائد. وإن كانت بتقدير عوض غير مشخّص، فدفع ذلك القدر فظهر معيباً، فإنّه يتّجه ـ بناءً على أنّه كالسلم ـ أن يقال: له المطالبة بالأرش أو البدل أو العين، ومتى دفع المتّهب أحدها لم يكن له الامتناع، وإن قلنا: ليس المقام كالسلم فله المطالبة بالبدل، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٢٠٩

ولو ظهر استحقاق نصف العين الموهوبة رجع بنصف العوض، بل قيل: «له أن يردّ الباقي ويرجع بجميع الثواب»[١]، خلافاً للمحكي عن أحد قولي الشافعي حيث قال: ببطلان هبة الكلّ[٢].

ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتّهب، ففي القواعد: «الأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة، وإن زادت عن العوض أو قلّت[٣] عنه»[٤]، وعن الإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦]: أنّه الأصحّ. وقد

---

(١) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٣ (الطبعة الحجرية).

(٢) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٤٤٨.

(٣) في المصدر بدلها: خلت.

(٤) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٠.

(٥) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٢.

(٦) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٨٣.

تقدّم في باب البيع[١] ويأتي في الغصب[٢] ما يستفاد منه تحقيق ذلك، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو تلفت﴾ العين الموهوبة في يد المتّهب ﴿والحال هذه﴾ أي كان مشروطاً فيها الثواب ﴿أو عابت، لم يضمن الموهوب له﴾ عند المصنّف والفاضل وولده في محكيّ التذكرة[٣] والشرح[٤] وإن كان ذلك بفعل المتّهب ﴿لأنّ ذلك حَدَثَ في ملكه﴾ ولأنّ المتّهب لايجب عليه دفع العوض، وللواهب الرجوع في العين، فالتفريط منه بتركها في يد من يجوز له ذلك فيها بتسليطه.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ بل منع، كما عن ابن الجنيد[٥] وجمع من المتأخّرين[٦]؛ لعموم: «أوفوا...»[٧] ونحوه، ولأنّ قبضها على أن يؤدّي عوضها، ولأنّ الواجب أحد الأمرين: ردّها أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأوّل وجب الثاني.

---

(١) في ج ٢٣ ص ٦٦٤...، وج ٢٤ ص ٣٢٣...

(٢) انظر كتاب الغصب / النظر الثالث في اللواحق / المسألة الرابعة في ج ٣٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٢ (الطبعة الحجرية).

(٤) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٠.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الهبة ج ٦ ص ٢٧٨، والكركي في جامع المقاصد: (انظره في الهامش اللاحق).

(٦) كالعلّامة في المختلف: (انظره في الهامش السابق: ص ٢٧٠ و٢٧٨)، والشهيد الأوّل في الدروس: كتاب الهبة ج ٢ ص ٢٨٩، والكركي في جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٧٧، والشهيد الثاني في المسالك: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦٣.

(٧) سورة المائدة: الآية ١.

وبذلك يظهر لك ما في دليل القول الأوّل؛ ضرورة عدم دخولها في ملكه مجّاناً، ولا هو سلّطه عليها كذلك، وعدم وجوب دفع العوض إن أُريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الذي هو المدّعى، وحينئذٍ فإذا تعذّر أحد الأمرين المخيّر فيهما وجب الآخر عيناً، وإن أُريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع.

لكنّ المراد بالضمان هنا: وجوب دفع العوض إذا كان معيّناً، والمثل أو القيمة إذا كان مطلقاً؛ لأنّه هو مقتضى الأمر بالوفاء، وقوله: «و[1]المؤمنون...»[2] وغير ذلك ممّا تقدّم سابقاً.

لا القيمة على كلّ حال؛ لأنّ العين مضمونة على القابض، والشرط لا يجب عليه قبوله.

إذ فيه: أنّها مضمونة بالعوض لا غير، ودعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعة كما عرفت.

↑ ج ٢٨ / ٢١٠

ولا ما في المسالك: من أقلّ الأمرين من ذلك ومن العوض، قال: «لما عرفت من أنّ المتّهب مخيّر بين الأمرين، والمحقّق لزومه هو الأقلّ؛ لأنّه إن كان العوض هو الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين، وإن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتّهب لا يتعيّن عليه العوض، بل يتخيّر بينه وبين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، وهذا هو الأقوى»[3].

---

(١) ضرب على الواو في بعض النسخ.

(٢) تقدّم في ص ١٨٢.

(٣) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦٣.

ولا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك، والاكتفاء بردّ العين مع وجودها لا يقتضي الاكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعدة تعذّر أحد فردي المخيّر ـ التي اعترف بها ـ تعيّن الفرد الثاني.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ بعض الوهم هنا قد نشأ من الخلل في المسائل السابقة، ومن تفسير الضمان بالمعنى المزبور الذي لا يتمّ إلّا مع انفساخ العقد وكون العوض على طريق المعاوضات، أمّا إذا كان بمعنى الثواب والجزاء بهبة جديدة فقد يتردّد في الضمان: من كونه كالعوض بالمعنى الأخصّ، ومن منع ذلك وأنّه لا يقتضي الضمان حينئذٍ. وكذلك الكلام لو وجدها معيبة، والله العالم.

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا صبغ الموهوب له الثوب﴾ مثلاً ﴿فإن قلنا:﴾ مثل هذا ﴿التصرّف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب، وإن قلنا: لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبيّاً﴾ رجع به و﴿كان﴾ الموهوب له ﴿شريكاً﴾ معه في الثوب ﴿بـ﴾ مقدار نسبة ﴿قيمة الصبغ﴾ إلى الثوب.

بل في المسالك: «لا فرق بين الصبغ وبين القصارة والطحن عندنا في ذلك»[1]، وقد تقدّم في الغبن وفي الفلس والعارية وغيرها النظر في

(١) مسالك الأفهام: الهبات / في حكمها ج ٦ ص ٦٥.

أمثال هذه المسائل .

فلاحظ وتأمّل ؛كي تعرف أيضاً الحكم فيما لو كان للموهوب غرس ونحوه ورجع الواهب ، فإنّ لكلٍّ ماله ، وأنّه هل لصاحب الأرض إجبار الغارس على إزالته مجّاناً ، أو ليس له ذلك بل يتخيّر بين الإبقاء بأُجرة والقلع مع الأرش ، والله العالم والمؤيّد .

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا وهب في مرضه المخوف وبرئ صحّت الهبة﴾ بلا خلاف [١] ولا إشكال فيها ولا في شيء من تصرّفاته المجّانيّة ﴿وإن مات في مرضه ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر﴾ كما عرفت البحث فيه مفصّلاً في كتاب الحجر [٢] .

↑ ج ٢٨ / ٢١١ والله هو العالم ، والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً ، والشكر له .

---

(١) كما في مسالك الأفهام: (انظر الهامش السابق).

(٢) في ج ٢٦ ص ١٢٣ .

كتاب

السبق والرماية

﴿كتاب السبق﴾

بسكون الباء، وهو في الأصل مصدر سَبَقَ ـ كضرب[1] ـ أو سابَقَ[2]، بل قيل: «إنّه أوفق في معاملته الكائنة بين اثنين فصاعداً»[3] على ما ستعرف، ولعلّ مادّته كافية في ذلك عن الهيئة. وعرفاً: معاملة على إجراء الخيل وما شابهها في حلبة السباق لمعرفة الأجود منها والأفرس من المتسابقين.

وكذا الرمي ﴿والرماية﴾ في الأصل لمطلق ذلك، وعرفاً: معاملة على المناضلة بالسهام ـ مثلاً ـ ليعلم حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

﴿وفائدتهما: بعث العزم﴾ وتهيّؤه ﴿على الاستعداد للقتال، والهداية لممارسة النضال﴾ في حرب الكافرين.

﴿وهي معاملة صحيحة﴾ و﴿مستندها﴾:

---

(١) مجمع البحرين: ج ٥ ص ١٨٢ (سبق).

(٢) الصحاح: ج ٤ ص ١٤٩٤ (سبق).

(٣) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٧٣.

بعد إجماع المسلمين بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر[١].

بل قيل: «والكتاب المبين؛ للمرفوع المروي عن عبدالله بن مغيرة في تفسير قوله تعالى: (وأعدّوا لهم ما استطعتم...)[٢] الآية عن النبيّ صلى الله عليه وآله: (أنّه الرمي)[٣] وقوله تعالى: (إنّا ذهبنا نستبق)[٤] بناءً على أصالة بقاء مشروعيّة ما كان في ملّة غيرنا حتّى يعلم النسخ»[٥].

السنّة[٦] المستفيضة أو المتواترة:

منها: ﴿قوله صلى الله عليه وآله[٧]﴾ المروي في طرق الخاصّة[٨] والعامّة[٩]:

---

(١) ينظر السرائر: السبق والرماية ج ٣ ص ١٤٧، والمهذّب البارع: السبق والرماية ج ٣ ص ٨٠ و ٨١، والتنقيح الرائع: السبق والرماية ج ٢ ص ٣٤٨، ومسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٦٩، والحدائق الناضرة: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٥٨.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٦٠.

(٣) الكافي: الجهاد / باب فضل ارتباط الخيل ح ١٢ ج ٥ ص ٤٩، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب السبق والرماية ح ٣ ج ١٩ ص ٢٥٢.

(٤) سورة يوسف: الآية ١٧.

(٥) رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤، وانظر تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / تسويغ السبق ج ٢ ص ٣٥٣ (الطبعة الحجرية).

(٦) خبر قوله: «ومستندها» في الصفحة السابقة س أخير.

(٧) في نسختي الشرائع والمسالك: عليه السلام.

(٨) الكافي: الجهاد / باب فضل ارتباط الخيل ح ٦ و١٤ ج ٥ ص ٤٨ و ٥٠، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب السبق والرماية ح ١ و٢ و٤ ج ١٩ ص ٢٥٢ و٢٥٣.

(٩) سنن النسائي: ج ٦ ص ٢٢٦، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ١٦، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٢ ج ٧ ص ٧١٦، صحيح ابن حبّان: ج ١٠ ص ٥٤٤، الجامع الصغير: ح ٩٨٨٨ ج ٢ ص ٧٤٧، مجمع الزوائد: ج ٥ ص ٢٦٣، كنز العمّال: ح ١٠٨١٨ ج ٤ ص ٣٤٥.

﴿لا سبق إلّا في نصل أو خفّ أو حافر﴾.

ومنها: ﴿قولهم عليهم السلام[١]: «إنّ الملائكة لَتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل﴾ وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أُسامة بن زيد وأجرى الخيل»[٢].

↑ ج ٢٨ / ٢١٢

كقوله [عليه السلام] أيضاً: «ليس شيء تحضره الملائكة إلّا الرهان وملاعبة الرجل أهله»[٣].

ومنها: خبر طلحة عن الصادق عليه السلام[٤]: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل التي أُضمرت من الحفياء[٥] إلى مسجد بني زريق، وجعل سبقها ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقاً ـ أي نخلةً ـ وأعطى المصلّي عذقاً، وأعطى الثالث عذقاً»[٦].

ومنها: خبر غياث بن إبراهيم عنه أيضاً عن أبيه عن عليّ بن الحسين عليهم السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل، وجعل سَبَقَها أواقي من فضّة»[٧].

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: قوله عليه السلام.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الحدود / باب حدّ شرب الخمر ح ٥٠٩٤ ج ٤ ص ٥٩، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب السبق والرماية ح ٦ ج ١٩ ص ٢٥١.

(٣) الكافي: الجهاد / باب فضل ارتباط الخيل ح ١٠ ج ٥ ص ٤٩، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٤ ص ٢٥٠).

(٤) في المصدر بعدها إضافة: عن أبيه.

(٥) في الوسائل بدلها: «الحصى» وفي هامشها أُشير إلى نسخة: الحفي.

(٦) الكافي: الجهاد / باب فضل ارتباط الخيل ح ٥ ج ٥ ص ٤٨، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب السبق والرماية ح ١ ج ١٩ ص ٢٥٤.

(٧) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٧ ص ٤٩، ووسائل الشيعة: باب ١ من كتاب السبق ←

إلى غير ذلك من النصوص .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ ﴿تحقيق هذا الباب يستدعي فصولاً﴾ :

[الفصل] ﴿الأوّل: في الألفاظ المستعملة فيه﴾

﴿فالسابق﴾ أي المجلّي من خيل الحلبة المجتمعة للسباق : ﴿هو الذي يتقدّم﴾ ولو ﴿بالعُنُق والكتد﴾ بفتح التاء وكسرها ؛ وهو العالي بين الظهر وأصل العنق ، ويعبّر عنه بالكاهل .

﴿وقيل﴾ والقائل الإسكافي[1]: يكفي التقدّم ﴿بأُذنه﴾ لقوله ﷺ[2]: «بعثت والساعة كفرسي رهان ، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأُذنه»[3].

وفيه : ـ مع إمكان حمله على المبالغة ، نحو قوله ﷺ : «من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنّة»[4] مع امتناع بناء مسجد كذلك ـ أنّه لا دلالة فيه على كون السابق على الإطلاق كذلك ؛ إذ النزاع فيه لا المقيّد بنحو ذلك .

كما أنّ في الأوّل منعاً واضحاً إن أُريد الحمل عليه وإن كان العرف

← والرماية ح ١ ج ١٩ ص ٢٤٩.

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / في السبق والرماية ج ٦ ص ٢٥٧.

(٢) في بعض النسخ: عليه السلام.

(٣) بحار الأنوار: أبواب المعاد / باب ٢ ح ٢٧ ج ٦ ص ٣١٥، المجموع: ج ١٥ ص ١٥٦.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الصلاة / باب فضل المساجد ح ٧٠٣ ج ١ ص ٢٣٥، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب أحكام المساجد ح ٢ و٦ ج ٥ ص ٢٠٤ و٢٠٥.

على خلافه ؛ ضرورة عدم الوضع الشرعي فيه ، وعلى تقديره فلا مدخليّة له في ألفاظ المتراهنين .

فالتحقيق حينئذٍ : إيكاله إلى العرف ، ولعلّه في زماننا لا يصدق إلّا أن يسبق بالكلّ .

وبالجملة : فالمدار على العرف إن كان ، وإلّا فلابدّ من التقييد لرفع الغرر والنزاع ، بناءً على اعتبار المعلوميّة في ذلك ﴿و﴾ إن كان القائل بـ﴿الأوّل أكثر﴾ والله العالم .

↑ ج ٢٨ / ٢١٣

﴿والمصلّي﴾ منها أيضاً هو : ﴿الذي يحاذي﴾ بـ﴿رأسه صلوي السابق﴾ فصاعداً ﴿والصلوان﴾ هـ﴿ما﴾ العظمان الناتئان ﴿عن يمين الذنب وشماله﴾ .

والتالي للمصلّي هو الثالث .

ويليه البارع الرابع ؛ لأنّه برع المتأخّر عنه وفاقه .

ثمّ المرتاح وهو الخامس ؛ من الارتياح بمعنى النشاط ، فكأنّه نشط فلحق بالسوابق .

والسادس : الحظيّ ؛ لأنّه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق ، أي صار ذا حظوة ونصيب عنده ، أو في مال الرهان .

والسابع : العاطف ؛ لأنّه عطف إلى السوابق أي مال إليها ، أو كرّ عليها فلحقها .

والثامن : المؤمّل ؛ لأنّه يؤمّل اللحوق بالسوابق .

والتاسع : اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول ؛ لأنّه يلتطم إذا أراد

الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق.

والعاشر: السُّكَيت بالتصغير مخفّفاً، ويجوز تشديده، سمّي به لسكوت ربّه إذا قيل: لمن هذا، أو لانقطاع العدد عنده.

وليس لما بعد العاشر من خيل الحلبة اسم، إلّا الذي هو آخر الخيل كلّها، فيقال له: الفسكل بكسر الفاء والكاف أو بضمّهما: الذي هو آخر فرس يجيء في الرهان، وقيل: إنّه السُّكَيت[1].

ولا يخفى عليك أنّه لا مدخليّة لهذه الأسماء في شيء من أحكام الباب؛ ضرورة بناء أحكامها على مسمّياتها، لا على أسمائها، وهو يتبع عرف المتراهنين، أو ما يتّفقون عليه في بيان ذلك، فقد يعبّرون عن المجلّي والمصلّي وغيرهما بغير أسمائها، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد عرفت أنّ ﴿السبق بسكون الباء﴾ في الأصل ﴿المصدر﴾ ثمّ نقل إلى المعاملة الخاصّة ﴿وبالتحريك: العوض﴾ في هذه المعاملة ﴿وهو﴾ المسمّى بـ﴿الخَطَر﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين، والنَّدَب بالتحريك، والرهن، ومنه أخذ الرهان بهذه المعاملة.

﴿والمُحَلِّل﴾ هو ﴿الذي يدخل بين المتراهنين﴾ ولا يبذل معهما عوضاً، بل يُجري فرسه بينهما أو في أحد الجانبين على وجهٍ يتناوله العقد؛ على أنّه ﴿إن سبق﴾ بنفسه أو مع غيره ﴿أخذ﴾ العوض أو بعضه

---

(١) العين: ج ٢ ص ٨٣٦ (سكت)، القاموس المحيط: ج ١ ص ٣٢٦ (سكت).

↑ ج ٢٨ / ٢١٤

على حسب الشرط ﴿وإن لم يسبق[١] لم يغرم﴾ شيئاً.

﴿والغاية: مدى السباق﴾ ومنتهاه.

﴿والمناضلة: المسابقة والمراماة﴾ قال في الصحاح: «ناضله: أي راماه، يقال: ناضلت فلاناً فنضلته: إذا غلبته، وانتضل القوم وتناضلوا: أي رموا للسبق»[٢].

وعن التذكرة: «السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقةً، وعلى المسابقة بالرمي مجازاً، ولكلّ واحد منهما اسم خاصّ، فيختصّ الخيل بالرهان، ويختصّ الرمي بالنضال»[٣].

وفي المسالك: «إطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة ليس بمعروف لغةً ولاعرفاً، ولعلّ المصنّف ومن تبعه في ذلك تجوّزوا في الإطلاق، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة، وهو الموافق لما سمعته من أهل اللغة»[٤].

قلت: يمكن أن يريد المصنّف أنّ المناضلة: المسابقة في الرمي، ويكون قوله: «والمراماة» تفسيراً، وإطلاق السبق على الرمي هو الموافق لقوله عليه‌السلام: «لا سبق ...»[٥] إلى آخره؛ على أن يكون المراد منه الغلبة في السبق المعنوي، والأمر سهل.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدل «لم يسبق»: سُبِقَ.

(٢) الصحاح: ج ٥ ص ١٨٣١ (نضل).

(٣) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / مقدّمة الرمي ج ٢ ص ٣٦٠ (الطبعة الحجرية).

(٤) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٧٥.

(٥) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

﴿ويقال: سبّق ـ بتشديد الباء ـ إذا أخرج السَبَق﴾ بالتحريك أي العوض منه لغيره ﴿وإذا أحرزه أيضاً﴾ باستحقاقه له، قبضه أم لم يقبضه.

﴿والرشق ـ بكسر الراء ـ: عدد الرمي﴾ أي عدد ما يرمى به من السهام، يقال: رمى رشقاً: أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلّها، وإذا حصل الاتّفاق على خمسة خمسة فكلّ خمسة يقال له: رشق. وعن بعض أهل اللغة: تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين[1].

﴿و﴾ أمّا ﴿بالفتح﴾ فهو ﴿الرمي﴾ الذي هو المصدر، يقال: رشقه يرشقه رشقاً: إذا رماه بالسهم ﴿ويقال﴾ أيضاً: ﴿رِشقُ وجهٍ ويدٍ﴾ بكسر الراء ﴿و﴾ يكون ﴿المراد[2] به الرمي على ولاء حتّى يفرغ الرِشق﴾ فيكون مشتركاً إذا كان الإطلاقان على جهة الحقيقة.

وفي الصحاح: «الرشق بالكسر: الاسم، وهو الوجه من الرمي، فإذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا: رمينا رِشقاً»[3].

وفي المسالك: «والمراد برشق اليد هذا المعنى، وإضافة الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه، فيقال: رشق وجهٍ ورشق يدٍ، إذا كانت جهة الرمي واحدة، ويمكن مع ذلك إضافته إليهما معاً كما

---

(١) المطلع على أبواب الفقه: ج ١ ص ٢٧٠، الزاهر: ج ١ ص ٤١١.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يراد.

(٣) الصحاح: ج ٤ ص ١٤٨١ (رشق).

يظهر من العبارة»[١].

قلت: قد يقال: ظاهر الولاء الذي في العبارة غير الاتّحاد في الجهة المذكور في الصحاح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿يوصف السهم﴾ المرامى به بأوصاف كثيرة، ذكر في محكيّ التحرير منها ستّة عشر[٢]، وفي محكيّ كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً[٣]. واقتصر المصنّف على ستّة منها لما عرفت سابقاً من عدم فائدة معتدّ ﴿بـ﴾ ـها في ذلك.

وهي: ﴿الحابي، والخاصر، والخازق، والخاسق، والمارق، والخارم﴾.

﴿فالحابي: ما زلج﴾ أي زلق ﴿على الأرض ثمّ أصاب الغرض﴾ بمعنى أنّه يقع دون الهدف ثمّ يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبي، وجمعه حوابي، وفي محكيّ الصحاح: «سهم زالج: يتزلّج عن القوس»[٤].

﴿والخاصر﴾ بالخاء المعجمة والصاد المهملة من الخاصرة هو ﴿ما أصاب أحد جانبيه﴾ أي الغرض.

وفي المسالك: «يسمّى جايزاً، وقيل: الجايز ما سقط من وراء الهدف، وقيل: ما وقع في الهدف عن أحد جانبي الغرض، فهو مخطئ

---

(١) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٧٦.

(٢) تحرير الأحكام: السبق والرمي / أحكام المسابقة ج ٣ ص ١٦٥ ـ ١٦٧.

(٣) فقه اللغة: الفصل السابع والثلاثون من الباب التاسع عشر ص ١٩٩.

(٤) الصحاح: ج ١ ص ٣١٩ (زلج).

إن كان شرط الإصابة في الغرض، ومصيب إن كان في الهدف[١]»[٢].

﴿والخازق﴾ بالخاء والزاء المعجمتين: ﴿ما خدشه﴾ أي الغرض.

﴿والخاسق: ما فتحه وثبت فيه﴾.

لكن عن نهاية ابن الأثير: «خَزَق السهم وخَسَق: إذا أصاب الرمية ونفذ فيها، وسهم خازق وخاسق»[٣].

وفي الصحاح: «الخازق من السهام: المقرطس»[٤]، و«الخاسق لغة في الخازق»[٥].

وقال في باب السين: «سمّي الغرض قرطاساً، يقال: رمى بمقرطس[٦] إذا أصابه»[٧]. ونحوه عن القاموس[٨].

وظاهر الجميع أنّهما بمعنى واحد، وهو النفوذ كما في النهاية، والإصابة كما في الصحاح والقاموس، وعن الثعالبي في سرّ العربيّة: «إذا أصاب الهدف فهو مقرطس وخازق وخاسق وصائب»[٩].

---

(١) في المصدر بدل «فهو مخطئ...» إلى آخر العبارة: «فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة في الغرض فالجائز مخطئ، وإن كانت مشروطة في الهدف فهو مصيب».

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٧٧.

(٣) النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٢٩ (خزق).

(٤) الصحاح: ج ٤ ص ١٤٦٩ (خزق).

(٥) المصدر السابق: مادّة (خسق).

(٦) في المصدر: فقرطس.

(٧) الصحاح: ج ٣ ص ٩٦٢ (قرطس).

(٨) القاموس المحيط: ج ٣ ص ٣٣١ (خزق) و(خسق)، وج ٢ ص ٣٥٠ (قرطس).

(٩) فقه اللغة: الفصل السابع والثلاثون من الباب التاسع عشر ص ١٩٩.

﴿والخارق[١]﴾ بالخاء المعجمة والراء المهملة هو ﴿الذي يخرج من الغرض نافذاً﴾ من الخرق بمعنى الشقّ.

↑ ج ٢٨ / ٢١٦

لكن في المسالك: «لم يذكره أحد من أهل اللغة ممّن وقفت على كلامه في أسمائه. وفي بعض نسخ الكتاب (المارق) بالميم بدل الخارق، وهو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة»[٢].

﴿والخارم﴾ هو ﴿الذي يخرم حاشيته﴾ أي الغرض، وفي المسالك أيضاً: «لم يذكره أهل اللغة»[٣]، والأمر سهل.

﴿ويقال﴾ أيضاً في اسم السهم: ﴿المزدلف﴾ وهو ﴿الذي يضرب الأرض ثمّ يثب[٤] إلى الغرض﴾ وظاهر القواعد: أنّه رديف للحابي[٥].

لكن قد يفرّق بينهما بما تشعر به عبارة المصنّف: من اعتبار القوّة في الثاني، بخلاف الحابي، بل في المسالك: «إنّ هذا هو الظاهر من التذكرة»[٦].

﴿والغرض: ما يُقصد إصابته وهو الرقعة. والهدف: ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره﴾ كحائط ونحوه، وقد يطلق على الغرض القرطاس وإن لم يكن قرطاساً.

---

(١) في نسخة الشرائع: والمارق.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٧٨.

(٣) المصدر السابق: ص ٧٩.

(٤) في نسخة الشرائع: يثيب.

(٥) قواعد الأحكام: السبق والرماية ج ٢ ص ٣٧٧.

(٦) مسالك الأفهام: السبق والرماية / الألفاظ المستعملة ج ٦ ص ٨٠.

وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال، يقال لها: الدائرة، وفي وسطها شيء آخر يقال له: الخاتم. والإصابة تتبع الشرط، فقد يكفي فيها الهدف، وقد لا يكفي إلّا الخاتم، كما هو واضح.

﴿والمبادرة﴾ أحد قسمي المراماة: ﴿هي أن يبادر أحدهما﴾ مثلاً ﴿إلى﴾ مطلق ﴿الإصابة﴾ أو إصابة عدد معيّن ﴿مع التساوي في الرشق﴾ من مقدار معيّن أو مطلقاً، فلو أصاب أحدهما في أوّل الرشق وأخطأ الآخر فهو ناضل له، ولو أصابا معاً لم يناضل أحدهما الآخر، ولو اشترطا إصابة خمسة في ضمن العشرة، فأصاب أحدهما فيها وأخطأ الآخر فهو ناضل له، وإن أصاب أيضاً لم يتناضلا.

وإلى ما ذكرناه يرجع تفسيرها في المسالك بـ«أنّها اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معيّن من مقدار رشق معيّن مع تساويهما فيه»[1]؛ ضرورة أنّه أعمّ منه كما هو مقتضى إطلاق المصنّف.

﴿و﴾ القسم الثاني: ﴿المُحاطَّة﴾ و﴿هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة﴾ بعد تساويهما في الرشق، فإن نضل أحدهما الآخر فهو ناضل له، وإلّا لم يتناضلا، سواء اشترطا عدداً معيّناً أو لا؛ لأنّ المدار على تساويهما في الرشق ونضل أحدهما الآخر، وأمّا غير ذلك فهو على حسب الشرط، وهذا مقتضى إطلاق المصنّف.

↑ ج ٢٨ / ٢١٧

وإليه أو إلى بعضه يرجع تفسيرها في المسالك بـ«أنّها اشتراط

(١) المصدر السابق: ص ٨٢.

العوض لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر، وطرح ما اشتركا فيه»[1] ثمّ أكثر من الأمثلة، ولكنّ إطلاق المصنّف أجود.

ومنه يظهر أنّه لا وجه لمناقشة[2] المصنّف: بأنّ المقصود من معناهما غير حاصل من لفظه، وبدخول كلّ منهما في تعريف الآخر.

كما أنّ منه أيضاً يعلم: رجوع المناضلة[3] إليها، لا أنّها قسم ثالث كما في القواعد[4]، مع أنّ المحكي من التحرير صريح في مرادفتها له[5].

نعم، ربّما قيل[6]: إنّ الجواب[7] من دون ياء قسم ثالث للمراماة، وهي أن يحتسب بالإصابة للغرض والهدف، ويسقط الأقرب للغرض ما هو الأبعد منه. ولا بأس به.

الفصل ﴿الثاني: فيما يسابق به﴾

ولا ريب أنّ الأصل عدم ترتّب آثار هذا العقد ﴿و﴾ حينئذٍ

(١ و٢) المصدر السابق.

(٣) في المصدر ـ أعني القواعد ـ: «المفاضلة» وتحتمله المعتمدة.

(٤) قواعد الأحكام: السبق والرماية ج ٢ ص ٣٨٠.

(٥) تحرير الأحكام: السبق والرمي / أحكام الرمي ج ٣ ص ١٨١.

(٦) حكاه العلّامة عن قوم، انظر تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / مقدّمة الرمي ج ٢ ص ٣٦٠ (الطبعة الحجرية).

(٧) كذا في النسخ، وفي العديد من المصادر الفقهيّة ـ منها: التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ـ: «الحواب».

فـ ﴿يقتصر في الجواز على النصل والخفّ والحافر؛ وقوفاً﴾ فـيما خالف الأصل ﴿على مورد الشرع﴾.

والإجماع على شرعيّته في الجملة لا يقتضي العموم، كما أنّ كـون الحكمة فيه الاستعداد للجهاد كذلك أيضاً، بل ولا «أوفوا بـالعقود»[1] بعد أن ذكرنا غير مرّة أنّ المراد منها العموم في أنواعها، لا أفـراد كـلّ نوع منها الذي يرجع في مشروعيّته إلى ما دلّ على مشروعيّة نوعه ـ إن كان ـ على جهة العموم أو الإطلاق الشامل للفرد المشكوك فيه، وليس في المقام ذلك، بل ظاهر خبر الحصر[2] ونفرة الملائكة عـند الرهـان ولعن صاحبه[3] خلافه. وبذلك يظهر لك النظر فيما فـي المسـالك[4]، فلاحظ وتأمّل.

نعم، أطنب في الحدائق[5] في إضافة الطيور إلى الثلاثة، مسـتدلاً على ذلك بنصوص قاصرة السند ولا جابر.

على أنّ خبر الحمام منها[6] محتمل[7] لإرادة اللعب به بلا مسابقة، ولإرادة الخيل منه، بل قيل[8]: إنّه المتعارف في لسان أهل المدينة، بل

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢ و٣) تقدّم ذلك في ص ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

(٤) مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٤.

(٥) الحدائق الناضرة: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٦) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩١ البيّنات ح ١٩٠ ج ٦ ص ٢٨٤، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب السبق والرماية ح ٣ ج ١٩ ص ٢٥٣.

(٧) كما في رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١.

(٨) انظر ذيل مصدر «الوسائل» في الهامش قبل السابق.

لعلّه أيضاً ظاهر أو محتمل الاستدلال عليه في خبره بالنبوي المتضمّن لإجراء الخيل.

بل ربّما احتمل[1] في نصوص الريش منها إرادة السهم ذي الريش، وليس في عطفه على النصل في أحد الخبرين[2] دلالة على التغاير بينهما، بعد احتمال كونه من عطف المرادف أو الخاصّ على العامّ، المؤيّد بإسقاط العطف وإبدال النصل بالريش في الخبر الثاني[3] المصرّح فيه بحرمة الباقي.

كلّ ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكي مستفيضاً[4] على الحصر في الثلاثة.

↑ ج ٢٨ / ٢١٨

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿يدخل تحت النصل: السهم والنشّاب والحِراب﴾ والسكّين ﴿والسيف﴾ والرمح.

قال في الصحاح: «النصل: نصل السهم والسيف والسكّين والرمح»[5]، وفيه أيضاً: «النشّاب: السهام»[6]، فيكون عطفه عليه هنا من عطف التفسير.

---

(١) كما في رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤١.

(٢) تقدّم في ص ٤٥٥.

(٣) انظر هامش (٦) من الصفحة السابقة.

(٤) مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٦، رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٧، وظاهر المهذّب البارع: السبق والرماية ج ٣ ص ٨٢.

(٥) الصحاح: ج ٥ ص ١٨٣٠ (نصل).

(٦) الصحاح: ج ١ ص ٢٢٤ (نشب).

وعن مبسوط الشيخ: أنّه باعتبار اللغات، فيقال: سهم في لغة العرب، ونشّاب في لغة العجم[١].

وفي المسالك: «أنّ حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغةً وعرفاً، فلا يدخل فيه مطلق المحدّد كالدنبوس وعصا المرافق[٢] إذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك؛ عملاً بالأصل السابق»[٣].

ولكن مع ذلك قال: «ويحتمل الجواز بالمحدّد المذكور، إمّا لادّعاء دخولها في النصل، أو لإفادتها فائدة النصل في الحرب، فقد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصا المرافق[٤] حيلة على جواز الفعل؛ نظراً إلى دخوله بذلك في النصل»[٥].

وهو كما ترى؛ ضرورة أنّه لا وجه للاحتمال المزبور بعد الاعتراف بأنّ الحصر المزبور هو المعروف لغةً وعرفاً، فإنّ ادّعاء دخولها يكون غلطاً حينئذٍ، كدعوى لحوقها في الحكم وإن لم تدخل في الموضوع، كما هو واضح.

﴿ويتناول الخفّ: الإبل والفِيَلة؛ اعتباراً باللفظ﴾ الشامل لذلك، بلا خلاف أجده فيه بيننا[٦]، بل ظاهر المسالك: الإجماع عليه، بل

---

(١) المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩٠.

(٢ و٤) في المصدر: المداقق.

(٣ و٥) مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٥.

(٦) كما في الحدائق الناضرة: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٦٣، ورياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٦.

حكاه فيها عن أكثر العامّة أيضاً[١].

نعم، عن بعضهم: المنع؛ لأنّه لا يحصل بها الكرّ والفرّ، فلا معنى للمسابقة عليها[٢]، وكأنّه مال إليه بعض متأخّري المتأخّرين منّا[٣].

لكنّه في غير محلّه؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النصّ، ودعوى[٤] انصرافه إلى الأوّل خاصّة ممنوعة، على أنّ كرّ كلّ حيوان وفراره بحسب حاله.

﴿وكذا يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل﴾ فيجوز المسابقة عليها بلا خلاف كما في المسالك[٥].

خلافاً لبعض العامّة: فمنع منها في الأخيرين؛ لأنّهما لا يقاتل عليهما غالباً، ولا يصلحان للكرّ والفرّ[٦]، ومال إليه بعض متأخّري المتأخّرين لذلك، ولدعوى عدم انصراف الإطلاق إلى ما يشملهما[٧].

لكنّه في غير محلّه كما عرفت، خصوصاً بعد مقاتلة

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٨٥ ـ ٨٦.

(٢) المجموع: ج ١٥ ص ١٣٧، المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٢٩، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٣٠، الوجيز: ج ٢ ص ٢١٨.

(٣) كالبحراني في الحدائق: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٤) كما في رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٦.

(٥) مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٦.

(٦) المجموع: ج ١٥ ص ١٣٧، المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٢٩، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٣٠، حلية العلماء: ج ٥ ص ٤٦٤، الوجيز: ج ٢ ص ٢١٨.

(٧) الحدائق الناضرة: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤، رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٧.

أمير المؤمنين عليه السلام على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله[١].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ـلا تجوز[٢] المسابقة﴾ المشتملة على عوض ﴿بالطيور، ولا على القدم، ولا بالسفن، ولا بالمصارعة﴾ ولا بغير ذلك ممّا هو غير الثلاثة المزبورة، بلا خلاف أجده فيه بيننا[٣]، بل الإجماع بقسميه عليه[٤]، مضافاً إلى الحصر السابق[٥] ولعن الملائكة الرهان في غيرها[٦] وأنّه قمار حرام[٧].

ج ٢٨ / ٢١٩

نعم، عن بعض العامّة: جواز المسابقة بالجميع؛ لإمكان الاحتياج إلى الطيور في حمل الكتب واستعلام حال العدوّ، وتعارف الحرب على الأقدام كتعارفه بالسفن في البحر[٨]، والنبوي المروي من طرقهم: أنّه عليه السلام سابق عائشة بالقدم مرّتين، سَبَق في إحداهما، وسُبق في الأُخرى[٩]، وأنّه صارع ثلاث مرّات، كلّ مرّة على شاة، فصرع خصمه

(١) وقعة صفّين: ص ٤٠٣، تاريخ دمشق: ج ١٨ ص ٤١٢، البداية والنهاية: ج ٦ ص ٢٣٨، بحارالأنوار: تاريخ أميرالمؤمنين عليه السلام / باب ١١٨ ذيل ح ١ ج ٤٢ ص ٥٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: لا يجوز.

(٣) كما في التنقيح الرائع: السبق والرماية ج ٢ ص ٣٥٠.

(٤) ينظر المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩١، والمهذّب البارع: السبق والرماية ج ٣ ص ٨٣ ـ ٨٤، ومسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٦، والحدائق الناضرة: السبق والرماية ج ٢٢ ص ٣٦١، ورياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٥ و٦) تقدّما في ص ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

(٧) وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب السبق والرماية ح ٣ ج ١٩ ص ٢٥٣.

(٨) الإنصاف: ج ٦ ص ٨٥، المجموع: ج ١٥ ص ١٣٧ و١٣٩ ـ ١٤٠، المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٢٨ ـ ١٢٩، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٢٩.

(٩) مسند أحمد: ج٦ ص٢٦٤، سنن أبي داود: ح٢٥٧٨ ج٣ ص٢٩، معرفة السنن والآثار: ←

في الثلاث وأخذ منه ثلاث شياه[١].

ولكن لم يثبت شيء من ذلك عندنا، بل ظاهر الثابت خلافه كما عرفت.

وأمّا جوازها بدون عوض فقد حكي فيه قولان، قيل[٢]: إنّ منشأهما فتح الباء في لفظ «سبق» المروي في خبر الحصر[٣] وسكونها، فعلى الأوّل ـ الذي هو المشهور ـ لا يدلّ إلّا على عدم مشروعيّة بذل العوض في غير الثلاثة، ولا تعرّض فيها لغير ذلك، فيبقى على أصالة الجواز، وعلى الثاني يدلّ على المنع مطلقاً.

لكن يرجّح الأوّل: ـ مع شهرة روايتها كذلك ـ أنّ احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقاً، فيبقى أصالة الجواز خالية عن المعارض.

مضافاً إلى إمكان ترتّب غرض صحيح عليها يخرجها عن اللهو واللعب، مع أنّهما لم يثبت تحريمهما على وجه الإطلاق بحيث يشمل المجرّد عن الآلات المعدّة لمثل ذلك.

فيجوز حينئذٍ المسابقة بالأقدام، ورمي الحجر ورفعه، والمصارعة،

← ح ٥٧٨٦ ج ٧ ص ٣٠٢، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ١٨، المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٢٧، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٢٧.

(١) عوالي اللآلي: باب السبق والرماية ح ٨ ج ٣ ص ٢٦٧، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ٢٠٩٠٩ ج ١١ ص ٤٢٧، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ١٨، إرواء الغليل: ح ١٥٠٣ ج ٥ ص ٣٢٩.

(٢) كما في مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٧.

(٣) تقدّم في ص ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

والآلات التي لا تشتمل على نصل ، والطيور ، ولعلّ من ذلك : مصارعة الحسن والحسين عليهما السلام بمحضر من النبيّ صلى الله عليه وآله ومكاتبتهما وغيرهما ممّا هو مروي عن الحسن عليه السلام أيضاً[1] ؛ ومن ذلك وغيره جزم به ثاني الشهيدين[2] ومن تبعه[3].

لكن في الرياض : «أنّ الأشهر خلافه ، بل ظاهر المهذّب والمحقّق الثاني وصريح المحكي عن التذكرة : أنّ عليه إجماع الإماميّة في جميع الأمور المذكورة» ثمّ اختاره :

«للإجماع المزبور المعتضد بالشهرة ، وبما دلّ على حرمة اللهو واللعب ؛ لكون المسابقة في المذكورات منهما بلا تأمّل» .

↑ ج ٢٨ / ٢٢٠

«وخصوص ما مرّ من المعتبرة ـ المنجبر قصور سندها بالشهرة ، بل وعمل الكلّ ولو في الجملة ـ الدالّة على تنفّر الملائكة عند الرهان ولعنها صاحبها ما خلا الثلاثة ، مع التصريح في بعضها بأنّ ما عداها قمار محرَّم» .

«ودعوى توقّف صدق القمار والرهانة على بذل العوض ، غير معلوم الصحّة ، مع صدقهما ـ سيّما الرهانة ـ بدونه عرفاً وعادةً» .

«وربّما جعل ذلك كلّه قرينة على صحّة رواية السكوني[4] التي

---

(١) بحار الأنوار: ج ٤٣ ص ٣٠٩ وج ١٠٠ ص ١٨٩ و١٩٢، مستدرك الوسائل: باب ٤ من كتاب السبق والرماية ح ١ ج ١٤ ص ٨١.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / فيما يسابق به ج ٦ ص ٨٧ .

(٣) كالأردبيلي في مجمع البرهان: السبق والرماية ج ١٠ ص ١٦٨.

(٤) في المصدر بدلها: السكون.

دلالتها على عدم الصحّة بل الحرمة ظاهرة؛ لعدم إمكان إرادة نفي الماهيّة، فتحمل على أقرب المجازات، وهو إمّا نفي جميع أحكامها التي منها الصحّة والمشروعيّة، أو نفيهما خاصّة؛ لأنّه المتبادر من نفي الماهيّة بلا شبهة، سيّما مع الاعتضاد بما عرفته من أدلّة الحرمة».

«وبذلك يظهر الجواب عمّا في الكفاية: من أنّه لا دلالة في الرواية على الحرمة على النسختين، فإنّه على الفتح يحتمل أن لا لزوم، أو لا تملّك، أو لا فضل للسبق والعوض إلّا في هذه الثلاثة من بين الأفعال التي يسابق عليها، وحينئذٍ فلا دلالة لها على تحريم الفعل، أو الملاعبة مع العوض أيضاً في غير الثلاثة، بل لا يدلّ على تحريم العوض أيضاً. وعلى السكون يحتمل أن يكون معناها: لا اعتداد بسبقٍ في أمثال هذه الأُمور إلّا في الثلاثة، أو لا فضل لسبقٍ إلّا في الثلاثة، فلا دلالة فيها على التحريم».

«إذ هو كما ترى بعد ما عرفت؛ إذ لا ريب في بُعد الاحتمالات التي ذكرها، ولهذا لم يُشر أحد من الأصحاب إلى جريان شيء منها في الرواية، بل أطبقوا على دلالتها على الحرمة، وإنّما اختلفوا لاختلاف النسخة في متعلّقها: هل هو العوض خاصّة، أو نفس الرهانة، وأين هذا الإطباق من صحّة ما ذكره؟! بل ينبغي القطع بفساده، سيّما مع ما عرفت من الروايات بل للأدلّة[1] الأُخر الظاهرة في الحرمة، وأخبارهم عليهم السلام

---

(١) في المصدر: الأدلّة.

يكشف بعضها عن بعض»[١].

هذا حاصل ما في الرياض، ونقلناه بطوله لجودة محصوله.

لكن ينبغي أن يعلم: أنّ التحقيق الحرمة وعدم الصحّة إذا أُريد إيجاد عقد السبق بذلك؛ إذ لا ريب في عدم مشروعيّته سواء كان بعوض أو بدونه ولو للأصل، فضلاً عن النهي في خبر الحصر.

أمّا فعله لا على جهة كونه عقد سبق فالظاهر جوازه؛ للأصل، والسيرة المستمرّة على فعله في جميع الأعصار والأمصار من الأعوام[٢] والعلماء، وما ورد من مصارعة الحسن والحسين عليهما السلام[٣]، ومكاتبتهما[٤]، والتقاطهما حبّ قلادة أُمّهما[٥]، بل وما روته العامّة من مسابقة النبيّ صلى الله عليه وآله لعائشة بقدمه فسَبَق وسُبِق[٦] لو قلنا بصحّة ذلك وعدم منافاة مثله لمنصب النبوّة؛ لأنّه من المداعبة مع الزوجة... وغير ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٢٢١

بل لا يبعد جواز إباحتهما العوض على ذلك والوعد به مع استمرار رضاهما به، لا على أنّه عوض شرعي ملتزم به، بل قد يحمل عليه ما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله في طرق العامّة: من المسابقة بالقدم مع أشخاص ثلاثة على شاة، فغلب الثلاثة وأخذ الشياه الثلاث[٧].

---

(١) رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٣٨ ـ ٢٤٠.

(٢) الأولى التعبير بـ«العوامّ».

(٣ و٤) تقدّما في ص ٤٧٢.

(٥) بحار الأنوار: ج ٤٣ ص ٣٠٩.

(٦) تقدّم في ص ٤٧٠.

(٧) تقدّم في ص ٤٧٠ ـ ٤٧١.

والمراد من الخبر على السكون: لا عقد سبق، فإنّ السبق اسم لهذه المعاملة كالبيع والصلح والإجارة، وعلى الفتح: لا سبق إلّا في الثلاثة لعدم مشروعيّة عقد السبق في غيرها، وحينئذٍ يتّحد المراد منها[١] على النسختين.

والإجماعات المزبورة إنّما هي على ما ذكرنا من عدم مشروعيّة عقد السبق في غير الثلاثة وإن كان بغير عوض، ففعله حينئذٍ تشريع محرّم.

لا أنّ المراد: حرمة مطلق المغالبة وإن تعلّق بها غرض صحيح. ودعوى: أنّها مطلقاً لهو ولعب ـ وهما مطلقاً حرام ـ واضحة المنع، خصوصاً بعد معروفيّة مداعبة الصلحاء ومغالبتهم في كثير من الأُمور، بل ربّما عدّ مثلها عبادة.

وبذلك ظهر لك: ما في كلام جملة من الأصحاب وأنّه غير محرّر، فإنّ جملة من كلماتهم تقضي بأنّ محلّ البحث إيقاع عقد المسابقة، وجملة منها تقضي بحرمة مطلق المغالبة بغير الثلاثة وإن لم يكن على أنّه عقد مسابقة؛ لأنّها لهو ولعب وقمار، إلّا أنّ التحقيق ما عرفت.

الفصل ﴿الثالث: في[٢] عقد المسابقة والرماية﴾

﴿وهو يفتقر﴾ مضافاً إلى ما يعتبر في غيره من العقود من البلوغ

---

(١) في بعض النسخ: منهما.

(٢) ليست في بعض النسخ.

والعقل ونحوهما ﴿إلى إيجاب وقبول﴾ كغيره من العقود بالنسبة إلى ذلك، وإلى جميع ما يعتبر في اللازم منها ـ بناءً على أنّه منها ـ من العربيّة والمقارنة... ونحو ذلك.

نعم، الظاهر جريان المعاطاة فيه كغيره، بناءً على عموم مشروعيّتها.

ج ٢٨ / ٢٢٢

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فيما حكي عنه[١] والفاضل في المحكي من مختلفه[٢]: ﴿هي جُعالة فلا يفتقر[٣] إلى قبول، ويكفي البذل﴾ كما يكفي فيها قول: «من ردّ عبدي فله درهم» ونحوه.

﴿وعلى الأوّل: فهو لازم كالإجارة﴾ لعموم «أوفوا...»[٤] و«المؤمنون...»[٥] والأصل ﴿وعلى الثاني: هو جائز، شرع فيه أو لم يشرع﴾ كالجعالة.

وإن كان التحقيق: خروجه عنهما معاً؛ ضرورة انتفاء جملة من خواصّ كلّ منهما فيه:

منها: العوض، فإنّ الظاهر عدم اعتباره فيه؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها، بل وقع من رسول الله صلى الله عليه وآله بدونه:

قال الصادق عليه السلام في خبر طلحة بن زيد: «أغار المشركون على

---

(١) المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٣٠٠، الخلاف: السبق / مسألة ٩ ج ٦ ص ١٠٥.

(٢) مختلف الشيعة: الإجارة / في السبق والرماية ج ٦ ص ٢٥٥.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: تفتقر.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) تقدّم في ص ١٨٢.

سرح المدينة، فنادى فيها منادٍ: يا سوء صباحاه، فسمعها رسول الله ﷺ فركب فرسه في طلب العدوّ، وكان أوّل أصحابه، و[١]لحقه أبو قتادة على فرس له، وكان تحت رسول الله ﷺ سرج دفّتاه من ليف ليس فيه أشر وبطر، فطلب العدوّ فلم يلقوا أحداً، وتتابعت الخيل، قال أبو قتادة: يا رسول الله، إنّ العدوّ قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق؟! فقال: نعم، فاستبقوا فخرج رسول الله ﷺ سابقاً، ثمّ أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش، إنّه لهو الجواد البحر...»[٢].

ومنها: عدم معلوميّة السابق.

ومنها: عدم رجوع العمل للجاعل.

إلى غير ذلك ممّا يظهر بأدنى تأمّل، على وجهٍ يقطع بخروج هذا العقد عنهما وكونه عقداً برأسه.

وثاني الشهيدين وإن ذكر ذلك هنا احتمالاً[٣] لكنّه بعد ذلك جزم بخروجه عنهما[٤]، كالمحقّق الثاني[٥]، وعليه فرّع جملة من الأحكام الخارجة عنهما محتجّاً عليه: بأنّه عقد برأسه.

بل لعلّ الأصحاب أجمع كذلك، وإن وقع من بعضهم[٦] كونه إجارة

---

(١) ليست في المصدر.

(٢) الكافي: الجهاد / باب فضل ارتباط الخيل ح ١٦ ج ٥ ص ٥٠، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب السبق والرماية ح ٢ ج ١٩ ص ٢٤٩.

(٣ و٦) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٨٩.

(٤) المصدر السابق: أحكام النضال ج ٦ ص ١٠٢ و١٠٧ ـ ١٠٨.

(٥) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٢٦.

أو جعالة، إلّا أنّ مرادهم: كالأوّل في اللزوم والاحتياج إلى القبول، وكالثاني في الجواز وعدم الاحتياج إلى القبول العقدي، لا أنّ المراد: كونه فرداً منهما؛ ولذا جعلوا له كتاباً مستقلّاً على نحو غيره من العقود، وأثبتوا له أحكاماً لا توافق شيئاً من العقدين، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال، فالدليل على عقديّته: ذكر الأصحاب له في نظمها، بل ظاهر المصنّف في النافع[١] والفاضل في المختلف[٢] بل وغيرهما[٣] المفروغيّة من ذلك، وأنّ التردّد إنّما هو في اللزوم والجواز، وإن كان ظاهره هنا تفريع لزومه وجوازه على عقديّته وعدمه، لكنّه في غير محلّه؛ ضرورة كون كلّ منهما أعمّ من ذلك.

ج ٢٨ / ٢٢٣

كما أنّ التردّد في الجواز واللزوم بعد فرض عقديّته في غير محلّه؛ ضرورة أنّ الأصل في العقد اللزوم، لعموم: «أوفوا...»[٤] والاستصحاب الذي مقتضاه ذلك أيضاً وإن لم نقل بعقديّته.

وما في المختلف من أنّ «المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه وإن كان جائزاً، وليس المراد مطلق العقود، وإلّا لوجب الوفاء بالجائزة»[٥].

---

(١) المختصر النافع: السبق والرماية ص ١٦١.

(٢) مختلف الشيعة: الإجارة / السبق والرماية ج ٦ ص ٢٥٥.

(٣) كالمقداد في التنقيح: السبق والرماية ج ٢ ص ٣٥٣، والسبزواري في الكفاية: السبق والرماية / في العقد ج ١ ص ٧٢٠، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٨٦ ج ٣ ص ١١٨.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) تقدّم المصدر آنفاً.

واضح الفساد ؛ ضرورة ظهور الأمر بالوفاء بالشيء التزامه والعمل به ، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم ؛ ومن هنا كان طريقة الأصحاب ـ حتّى هو ـ الاستدلال بها على اللزوم ، وإلّا كان دوراً واضحاً . وخروج العقود الجائزة منها ـ للأدلّة ـ لا ينافي بقاء حجّيّتها في[1] الباقي .

وبذلك كلّه ظهر لك : أنّه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديّته الذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور ، بل ومن أنّ ثبوت العوض في ذمّة المسبوق ـ مع فرض كون الإيجاب من السابق ـ من الأُمور التي لا تثبت إلّا بالعقود المعلوم كون موردها نحو ذلك ، بخلاف موارد الإنشاء .

على أنّه مع فرض الشكّ في كونه عقداً أو غيره ، فالأصل عدم ترتّب الأثر بالإيجاب خاصّة ، ولا ينافيه إطلاق المسابقة بعد فرض الشكّ فيها .

وفي الرياض ـ بعد الفراغ من عقديّته ـ قال : «وحينئذٍ الأجود الاستدلال على اعتبار القبول أن يقال : إنّ الوجه فيه ظاهر على القول باللزوم ، وكذا على القول بالجواز ، بناءً على أنّ لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق على المسبوق لا يتأتّى إلّا على اعتبار قبوله ؛ إذ لولاه لأمكنه الامتناع من بذله بعد العمل ، مدّعياً عدم رضاه بالإيجاب ،

---

(١) في بعض النسخ بدلها: على.

ولعلّه خلاف الإجماع ، بل العوض لازم عليه بهذا العمل كالجعالة بلا خلاف ، ولا يتمّ ذلك إلّا بالقبول».

«لكنّ هذا إنّما يجري لو كان السابق هو الموجب ، ولو انعكس أمكن عدم الاحتياج إلى القبول كالجعالة ، إلّا أنّه يمكن التعميم[1] بعدم القول بالفصل ، فتأمّل»[2].

وفيه أوّلاً : أنّه لا حاجة إلى هذا الاستدلال بعد فرض معلوميّة كونه عقداً ؛ لما هو معلوم من أنّه المركّب من الإيجاب والقبول ، سواء كان جائزاً أو لازماً.

وثانياً : أنّ المراد اعتبار القبول العقدي ، واللزوم بعد العمل يمكن أن يكون لحصول الرضا وإن لم يكن على جهة القبول العقدي ، كالجعالة.

ج ٢٨ / ٢٢٤

كما أنّ ما فيه أيضاً ـ بعد تسليم اللزوم في هذا العقد بمعنى عدم جواز الامتناع من بذل العوض بعد تمام العمل ؛ لما في ذلك من الضرر على السابق بتضييع عمله المحترم الذي لم يقع إلّا برضاه بدفع العوض عنه ـ من منع اللزوم بمعنى وجوب العمل عليه ابتداءً وعدم جواز الفسخ قبله أو بعده قبل التمام ؛ للأصل ، ولأنّه إنّما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق ؛ إذ لا معنى لقوله : «من سبق فله كذا» غير ذلك ، وهو غير الالتزام بنفس العمل في[3] العوض في بدو الأمر ، بل حالها حينئذٍ

---

(١) في المصدر: التتميم.

(٢) رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٣) في المصدر بدلها: و.

كالجعالة، فلكلّ منهما فسخها ابتداءً وفي الأثناء، ولكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذي عيّناه[١].

لا يخلو من نظر أيضاً؛ ضرورة عدم الدليل على أنّ كيفيّة العقد ما ذكره، بل لعلّ الظاهر خلافه وأنّ ذلك يذكر بعد إنشائهما الالتزام بالمسابقة والمراماة، الذي مقتضاه: وجوب فعل ذلك منهما كما هو مقتضى العقود اللازمة، وكأنّه لا خلاف فيه:

قال الفاضل في القواعد: «وعلى اللزوم يجب البدأة بالعمل، لا بتسليم السبق»[٢]. وفي جامع المقاصد في شرح ذلك: «الظاهر أنّه لا خلاف فيه»[٣].

بل لا يخفى على من تأمّل غير ذلك من كلماتهم ـ خصوصاً القواعد[٤] والتذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦] ـ أنّه لا إشكال على اللزوم في وجوب العمل وعدم جواز الفسخ.

بل يظهر من القواعد وغيرها التوقّف في الفسخ على الجواز في بعض الصور، قال فيها ـ بعد أن استقرب الجواز ـ : فلكلّ منهما فسخه قبل الشروع، ويبطل بموت الرامي والفرس، ولو مات الفارس

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٢) قواعد الأحكام: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٧٥.

(٣) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٦.

(٤) المصدر قبل السابق.

(٥) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / أحكام السبق ج ٢ ص ٣٥٦ (الطبعة الحجرية).

(٦) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٤ و٣٣٥ ـ ٣٣٦.

فللوارث الإتمام على إشكال».

إلى أن قال : «وإن كان بعد الشروع وظهور الفضل مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة، أو يصيب بسهامٍ أكثر، فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال»[١].

بل في جامع المقاصد : «أنّ الأصحّ عدم الجواز[٢] وهو مقرّب التذكرة؛ لأنّ ذلك يؤدّي إلى سدّ باب المسابقة، إذ متى ظهرت أمارات الغلبة لأحدهما فسخ الآخر»[٣].

وإن كان هو كما ترى بعد استصحاب بقاء الجواز. نعم، ربّما كان ذلك مؤيّداً للقول باللزوم من الأصل.

ثمّ لا يخفى عليك ما في قوله : «للوارث الإتمام» إذ لا ريب في الانفساخ على اللزوم فضلاً عن الجواز؛ ضرورة كون المغالبة وقعت بين الشخصين لا ورثتهما، فهو كالمستأجر المشترط عليه المباشرة.

ج ٢٨ / ٢٢٥

ودعوى : أنّ المراد بالمسابقة امتحان الفرس، لا الفارس - وبذلك افترقت عن المراماة، وانفسخت بموت الفرس - واضحة المنع، كوضوح فساد أصل الحكم، خصوصاً بعد ملاحظة قصور الوارث عن ذلك لكونه طفلاً أو أُنثى ... أو نحو ذلك، ودعوى استنابة غيرهم في ذلك كما ترى.

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) في المصدر بدلها: اللزوم.

(٣) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٥ (بتقديم وتأخير).

وبذلك كلّه بان لك ـ بحمد الله تعالى ـ الحال في جميع أطراف المسألة .

﴿و﴾ كيف كان ، فلا إشكال ولا خلاف [١] في أنّه ﴿يجوز [٢] أن يكون العوض عيناً أو ديناً﴾ على حسب غيره من المعاملات ؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها ، وخصوص ما وقع من النبيّ صلى الله عليه وآله من بذل النخلات [٣] والأواقي من الفضّة [٤] .

نعم ، ستعرف فيما يأتي أنّه يعتبر في ملكه العمل على وجهٍ يكون جزء السبب ـ فلا يصحّ ضمانه لو كان ديناً قبله ولا الرهن عليه ـ أو لا يعتبر ذلك وإنّما هو شرط كاشف والسبب العقد ، وإن أطلق في المسالك هنا ضمانه والرهن عليه [٥] ، والأمر سهل .

﴿وإذا بذل السبق غيرُ المتسابقين صحّ إجماعاً﴾ من المسلمين إذا كان الإمام ، ومطلقاً من المؤمنين [٦] ، خلافاً لبعض العامّة : فخصّ جوازه بالإمام ؛ لأنّ له النظر في الجهاد [٧] : وضعفه واضح ؛ إذ هو

---

(١) كما في رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤٤.

(٢) في بعض النسخ ـ مطابقة لنسخة الشرائع ـ : يصحّ.

(٣ و٤) تقدّما في ص ٤٥٥ .

(٥) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٩٠.

(٦) كما في مسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٩١)، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٨٦ ج ٣ ص ١١٨، ورياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤٤.

(٧) حلية العلماء: ج ٥ ص ٤٦٩، المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٣٠، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٣٤، المجموع: ج ١٥ ص ١٣١.

ومقدّماته مرغّب فيه مطلقاً.

﴿وإذا[١] بذله أحدهما أو هما صحّ عندنا، ولو لم يدخل بينهما محلّل﴾ خلافاً:

لبعض العامّة أيضاً: فلم يجوّزه من أحدهما خاصّة، معلّلاً له: بأنّه قمار[٢]. وهو كالاجتهاد في مقابلة النصّ الذي منه الإطلاق والعموم.

ولابن الجنيد: فلم يجوّزه منهما من دون دخول محلّل[٣]؛ لخبر عامّي[٤] لا يصلح لمعارضة إطلاق الأدلّة وعمومها.

﴿ولو بذله الإمام من بيت المال جاز﴾ بلا خلاف[٥] ولا إشكال ﴿لأنّ فيه مصلحة﴾ للإسلام والمسلمين، وهي مصرفه.

﴿ولو جعلا السبق للمحلّل بانفراده﴾ إذا سبق ﴿جاز أيضاً﴾ لإطلاق الأدلّة وعمومها، فلا يستحقّ أحدهم شيئاً إذا سبق، بل يكون السبق لباذله؛ لعدم حصول السبق ممّن بذل له، وكذا لو سبق أحدهما والمحلّل إذا كان الشرط سبق المحلّل لهما، نعم لو كان الشرط سبقه ولو لأحدهما استحقّ حينئذٍ.

↑ ج ٢٨ / ٢٢٦

﴿وكذا﴾ يجوز ﴿لو قيل: من سبق منّا﴾ أي الثلاثة ﴿فله السبق؛

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٣٠، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٣٥.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الإجارة / السبق والرماية ج ٦ ص ٢٥٦.

(٤) سنن أبي داود: ح ٢٥٧٩ ج ٣ ص ٣٠، مسند أحمد: ج ٢ ص ٥٠٥، سنن ابن ماجة: ح ٢٨٧٦ ج ٢ ص ٩٦٠، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ١١٤، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٠.

(٥) كما في رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٤٥.

عملاً بإطلاق الإذن في الرهان﴾ المقتضية جواز ذلك وغيره ، ويرجع في معناه إلى العرف كما تسمع في نظائره .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿تفتقر[١] المسابقة إلى شروط خمسة﴾ :

الأوّل والثاني : ﴿تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً﴾ للغرر ، ولأنّه مع عدم تعيين الغاية قد يديمان السير فتهلك الدابّة ، ولأنّ من الخيل ما يقوى سيره في ابتداء المسافة ثمّ يأخذ بالضعف وهو عتاق الخيل ، ومنها بالعكس وهو هجانها ، وصاحب الأوّل يريد قصر المسافة والآخر يريد طولها ، فيؤدّي عدم التعيين حينئذٍ إلى النزاع المعلوم من الشرع[٢] إرادة حسمه ، فعلى هذا لايجوز استباقهما بدون غاية لمعرفة أيّهما يقف .

﴿و﴾ الثالث : ﴿تقدير الخطر﴾ بعد معرفة جنسه ؛ للغرر في المجهول وإثارة النزاع . نعم قد يجيء على القول بأنّها جعالة جواز جهالته في بعض الوجوه ، كما أنّه لا إشكال في اعتبار معلوميّته بناءً على أنّها إجارة ، وإن كان التحقيق خلافهما وأنّها عقد مستقلّ يشارك كلّاً منهما في بعض الأمور ، وينفرد عنهما بأمور أُخر .

﴿و﴾ الرابع : ﴿تعيين ما يسابق عليه﴾ بالمشاهدة ؛ لأنّ المقصود امتحان الفرس وذلك يقتضي تعيينه ، بل لا يكفي الوصف حينئذٍ ، وإن كفى في السلم الذي يراد به الكلّي لا الشخصي .

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: يفتقر في.

(٢) في بعض النسخ: الشارع.

﴿و﴾ الخامس: ﴿تساوي ما به السباق في﴾ أصل ﴿احتمال السبق﴾ وإن رجح في أحدهما ﴿فلو كان أحدهما ضعيفاً تبيّن[١] قصوره عن الآخر لم يجز﴾ لعدم الاستعلام فيه حينئذٍ.

لكن لا يخفى عليك المناقشة في دليل كثير منها أو جميعها كما تسمعه في الشرائط الآتية، اللّهمّ إلّا أن يكون إجماعاً كما عساه يظهر من نفي الخلاف من بعضهم[٢]، وإن كان هو كما ترى.

ج ٢٨ / ٢٢٧

الفصل ﴿الرابع: أن[٣] يجعل السبق لأحدهما أو للمحلّل﴾

﴿فلو[٤] جعل لغيرهم[٥] لم يجز﴾ بلا خلاف؛ للأصل بعد الشكّ في تناول إطلاق الأدلّة له، ولما قيل: من أنّه مفوّت للغرض من عقد المسابقة؛ وهو التحريض في طلب الغلبة، وبذل الجهد في الفروسيّة ونحوها[٦]، وإن كان لا يخلو من مناقشة.

نعم، لو جعل للمسبوق فات الغرض بسبب اقتضاء ذلك حرص كلّ واحد منهما على كونه مسبوقاً، فيفوت الغرض.

---

(١) في بعض النسخ: «يتيقّن» وفي نسختي الشرائع والمسالك: «تيقّن».

(٢) كالأردبيلي في مجمع البرهان: السبق والرماية ج ١٠ ص ١٧٣ و١٧٥.

(٣) بدل «الرابع أن» في نسخة المسالك «و» وفي نسخة الشرائع: «الخامس أن». كما أنّ «الفصل الرابع» في الشرائع والمسالك هو نفس ما جعله هنا فصلاً خامساً كما سيأتي.

(٤ و٥) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو... لغيرهما.

(٦) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣١، الروضة البهيّة: السبق والرماية ج ٤ ص ٤٢٧.

بل في المسالك: «وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق، ويجوز العكس؛ لحصول الغرض في الجملة بالنسبة إلى الزيادة، كما يجوز جعلها خاصّة عوضاً»[١].

ولكن قد يناقش: بالشكّ في تناول إطلاق الأدلّة له ـ إن لم يكن ظاهرها خلافه ـ والأصل الفساد.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ هذا الرابع هو خامس[٢] من شروط المسابقة.

وزاد في محكيّ التذكرة سادساً: وهو تساوي الدابّتين جنساً، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال مثلاً؛ لأنّه منافٍ للغرض من استعلام قوّة الفرس بالسباق مع جنسها[٣].

ومرجعه إلى الأصل السابق بعد فرض الشكّ في تناول الإطلاق له، بل يمكن استفادته أيضاً من المتن. نعم، يمكن منع الشكّ المزبور مع حصول احتمال سبق كلّ منهما.

أمّا لو تساويا جنساً لا صنفاً كالعربي والبرذون والبختي والعربي[٤]، فالأقوى الجواز مع فرض تحقّق الاحتمال المزبور؛ لتناول الإطلاق.

وسابعاً: وهو إرسال الدابّتين دفعةً؛ لمنافاة الغرض مع عدمه؛ إذ ربّما كان السبق مستنداً إلى إرسال أحدهما أوّلاً.

---

(١) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٩٤.

(٢) بحسب التسلسل الذي رسمه الشارح ينبغي جعله سادساً.

(٣) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / شرائط السبق ج ٢ ص ٣٥٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) وكثيراً ما يطلق عليها «العرابي».

وفيه : أنّه يتبع الشرط ، ولذا لا يشترط التساوي في الموقف كما ستعرف ، نعم يعتبر معرفة مقدار ذلك مع فرض الاشتراط ؛ تخلّصاً عن الجهالة المفضية إلى التنازع ، مع احتمال الاكتفاء في تحقّق السبق من أحدهما .

↑ ج ٢٨ / ٢٢٨ وثامناً : وهو أن يستبقا على الدابّتين في الركوب ، فلو عقدا على إرسال الدوابّ بنفسها كان باطلاً .

وفيه : أنّه خروج عن موضوع السبق ، لا أنّه من شروطه .

وتاسعاً : وهو أن يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها ، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلّا بانقطاع أو تعب شديد بطل العقد .

وعاشراً : وهو أن يكون مورد العقد ممّن يستعدّ للقتال ، فلا يجوز السبق والرمي للنساء ؛ لأنّهنّ لسن من أهل الحرب .

وفيه منع ، خصوصاً في مثل الصبيان بعد العقد من أوليائهم .

والحادي عشر : العقد المشتمل على أركانه المعتبرة فيه .

وفيه : أنّ نحو ذلك ليس من الشرائط ، على أنّ الظاهر الاكتفاء فيه بالمعاطاة ، وقد تقدّم في كلام المصنّف ما يدلّ عليه [1] .

والثاني عشر : عدم تضمّن العقد شرطاً فاسداً ، فلو قال : «إن سبقتني فلك هذه العشرة ولا أرمي بعد هذا أبداً» أو «لا أُناضلك إلى شهر» بطل ؛

---

(١) في ص ٤٧٥ ـ ٤٧٦ .

لأنّه شرط ترك قربةٍ مرغَّب فيها ، ففسد وأفسد .

وفيه أوّلاً : أنّه ليس من الشرائط .

وثانياً : منع عدم صحّته .

وبذلك كلّه ظهر لك الحال في أكثر هذه الشرائط ، وأنّه لا دليل عليها بالخصوص ، وكأنّ كثيراً منها موافق لمذاق العامّة ، والتحقيق ما عرفت من صحّة ما يفهم من الأدلّة منها ، وما يشكّ في شرعيّة العقد الفاقد لها منها لأنّ[1] الأصل الفساد ، وإلّا فإطلاق الأدلّة ينفيه ، هذا .

وفي القواعد : «وليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرساً آخر يحرّضه على العدو ، ولا يصيح به في وقت سباقه»[2] . ولعلّه للنبوي المرسل : «لا جلب ولا جنب»[3] .

لكن عن نهاية ابن الأثير : «الجلب : هو أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثّاً له على الجري»[4] ، و«الجنب بالتحريك : أن يجنب فرساً إلى فرسه الذي يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحوّل إلى المجنوب ، فنهوا عنهما»[5] .

---

(١) عبارة «لها منها لأنّ» فيها تشويش في المعتمدة.

(٢) قواعد الأحكام: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٧٦.

(٣) المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٠٤٤٢ ج ٦ ص ١٨٥، سنن أبي‌داود: ح ٢٥٨١ ج ٣ ص ٣٠، مسند أحمد: ج ٢ ص ٩١ وج٤ ص ٤٢٩، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٢، كنز العمّال: ح ١٠٨٢٣ ج ٤ ص ٣٤٦، سنن النسائي: ج ٦ ص ١١١، الجامع الصغير: ح ٩٨٧٤ ج ٢ ص ٧٤٦.

(٤) النهاية (لابن الأثير): ج ١ ص ٢٨١ (جلب).

(٥) المصدر السابق: ص ٣٠٣ (جنب).

وهو غير ما في القواعد، بل قد يتوقّف في أصل الحكم؛ لعدم ثبوت دليله، بل لعلّ إطلاق الدليل يقتضي خلافه، خصوصاً مع التصريح باشتراط نحو ذلك منهما، والله العالم.

ج ٢٨ / ٢٢٩

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿ـهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم﴾ لفوات الغرض الذي هو معرفة الفرس والفارس ﴿والأظهر﴾ أنّه ﴿لا﴾ يشترط بعد فرض احتمال السبق ﴿لأنّه مبنيّ على التراضي﴾ فيشمله إطلاق الأدلّة، و«المؤمنون عند شروطهم»[1]. وإلى هذا يرجع الشرط السابع كما أومأنا إليه سابقاً.

هذا كلّه في السبق.

﴿وأمّا الرمي: فيفتقر إلى العلم بأُمور ستّة﴾ والبحث فيها نحو ما عرفته في السبق:

الأوّل: ﴿الرشق﴾ بكسر الراء الذي قد عرفت أنّه عدد الرمي؛ إذ لو لم يعيّن أمكن أن يطلب المسبوق تعدّد الرمي حتّى تحصل الإصابة، ويمتنع الآخر، فيفضي إلى التنازع المعلوم من حكمة الشارع خلافه.

ولكن قد تقدّم لنا في المبادرة ما يستفاد منه عدم اشتراط ذلك مع فرض كون الشرط الإصابة مع التساوي في الرمي، فمع فرض حصولها من أحدهما في المرّتين أو الثلاث فهو ناضل للآخر.

﴿و﴾ الثاني: ﴿عدد الإصابة﴾ كخمس من عشرين رمية؛ لأنّ الاستحقاق وبيان حذق الرامي بها، فلو عقدا على أن يكون الناضل

---

(١) تقدّم في ص ١٨٢.

منهما أكثرهما إصابة من غير بيان العدد لم يصحّ، كما لو جعل السبق على الخيل لا إلى غاية.

وظاهر المسالك: الإجماع عليه[1]، فإن تمّ كان هو الحجّة، وإلّا فإطلاق الأدلّة يقتضي الجواز مع فرض ضبط عدد الرمي، بل لعلّ ذلك قسم من المحاطّة.

قيل: «وأكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابة ما نقص عن عدد الرمي المشروط بشيء وإن قلّ، ليكون تلافياً للخطأ الذي يتعذّر أن يسلم منه المتناضلون، وأحذق الرماة من أصاب تسعة من عشرة، فلو شرطاها كذلك جاز؛ لبقاء سهم الخطأ، وربّما قيل بعدمه لندوره. وأقلّ ما يشترط من الإصابة ما يحصل به التفاضل، وهو ما زاد على الواحد»[2].

وفيه: أنّ الإطلاق يقتضي جواز اشتراطها في جميع العدد المشروط أيضاً.

﴿و﴾ الثالث: ﴿صفتها﴾ من خزق أو خرق وغيرهما من الصفات؛ للغرر مع عدمه.

↑ ج ٢٨ / ٢٣٠

وفيه: أنّ الإطلاق يقتضي جواز اشتراط مطلق الإصابة التي هي قدر مشترك بين الجميع. نعم لو أرادا معيّناً اعتبر ذكره، ولعلّه على هذا يحمل الشرط المزبور؛ إذ ذاك هو أيضاً بمنزلة التعيين، لأنّه يسمّى

---

(١) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٩٧.

(٢) المصدر السابق.

القارع المصيب للغرض كيف كان ، ويسمّى الخاصر بل والخارق [١] على بعض معانيه السابقة .

﴿و﴾ الرابع : معرفة ﴿قدر المسافة﴾ التي يرميان منها ؛ بالمشاهدة أو ذكر المساحة ، إلاّ أن يكون عادة ينصرف إليها الإطلاق ، فتكفي حينئذٍ عن ذلك .

نعم ، يعتبر فيها احتمال الإصابة منهما ولو نادراً على الأقوى ، فلو عيّنا مسافة يعلم عدم إصابتهما أو أحدهما فيها لم يصحّ .

﴿و﴾ الخامس : ﴿الغرض﴾ الذي هو المقصود بالإصابة ، فلابدّ من العلم بموضعه من الهدف ارتفاعاً وانخفاضاً ، وقدره بالنسبة إلى الضيق والسعة ، ولعلّ مشاهدته تكفي عن ذلك .

﴿و﴾ السادس : ﴿السَّبَق﴾ حذراً من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع ، المعلوم من الشرع [٢] إرادة رفعه لا ثبوته .

لكنّ الظاهر عدم اعتباره في الصحّة . نعم ، حيث يشترط يجب معرفته بما يرتفع معه النزاع ، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك .

﴿و﴾ كذا يفتقر الرمي إلى العلم بـ ﴿تماثل جنس الآلة﴾ من كون القوس مثلاً عربيّاً أو فارسيّاً ؛ لاختلاف الرمي باختلاف ذلك ، فهو حينئذٍ بمنزلة تماثل حيوان السبق ، وإنّما فصله عن الشرائط السابقة

---

(١) في بعض النسخ: والخازق.

(٢) في بعض النسخ: الشارع.

لأنّه إنّما يفتقر إليه في العقد لا ممّا يجب أن يعلم، بخلافها.

لكن قد عرفت فيما مضى عدم الدليل على اشتراط نحو ذلك مع احتمال الإصابة، بل إطلاق الأدلّة يقتضي خلافه.

ولذلك قيل هنا: «لا يشترط التعيين، ولا يضرّ اختلاف النوع، ويجوز إطلاق العقد مجرّداً عنه، وإنّما يتمّ مع اشتراطه. ثمّ إن كان هناك عرف تعيّن حمل الإطلاق عليه، وإلّا كان لهما الخيار فيما يتّفقان عليه». وفي المسالك: «هذا هو الأقوى»[1].

وحيث يشترط التعيين أو يشترطانه لايجوز لأحدهما العدول عن المشترط؛ لعموم: «المؤمنون...»[2] إلّا برضا صاحبه فيجوز حينئذٍ؛ لأنّ له إسقاط حقّه.

﴿وفي اشتراط﴾ تعيين أحد القسمين أي ﴿المبادرة والمحاطّة﴾ في عقد الرماية ﴿تردّد﴾ بل وخلاف، ولكنّ ﴿الظاهر أنّه لا يشترط﴾ لانصراف إطلاق العقد إلى المحاطّة على الأشهر كما قيل[3]؛ إذ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابة معيّنة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّه، ليكون الإصابة المعيّنة منه، فإنّهما إذا عقدا على أنّ من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا فمقتضاه رمي كلّ منهما العشرين، وإلّا لم يتحقّق كون الخمسة ـ التي حصلت الإصابة

↑ ج ٢٨ / ٢٣١

(١) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٩٨.

(٢) تقدّم في ص ١٨٢.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٩٩.

بها ـ من العشرين ، وذلك هو معنى المحاطّة ؛ إذ المراد بها خلوص إصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد ، ولأنّها أجود فائدةً في الرمي باعتبار إكمال العدد غالباً .

وقيل : يحمل على المبادرة[١] ؛ لأنّها الغالب في المناضلة ، ولأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيّناً استحقاقه إيّاه متى ثبت له ذلك الوصف .

وعلى كلّ حال ، لا وجه للاشتراط بعد فرض الانصراف المزبور ، نعم لو فرض عدم انصراف للإطلاق اتّجه الاشتراط حينئذٍ ؛ للغرر وتفاوت الأغراض والرُّماة ، فإنّ منهم من يكثر[٢] في الابتداء ويقلّ في الانتهاء وبالعكس ، وعن الفاضل في التذكرة اختياره[٣] ، واستجوده في المسالك[٤] ، والأقوى الأوّل .

﴿وكذا لا يشترط تعيين﴾ شخص ﴿القوس والسهم﴾ لإطلاق الأدلّة ، بل قيل : «لو عيّنه لم يتعيّن»[٥] . وعن التذكرة : «بل يفسد العقد بذلك ، كما في كلّ شرط فاسد»[٦] . وإن كان هو كما ترى ؛ ضرورة عدم

(١) الجامع للشرائع: السبق والرمي ص ٣٣٧.

(٢) أي: من يكثر الإصابة، كما في المصدر.

(٣) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / شرائط الرمي ج ٢ ص ٣٦٢ (الطبعة الحجرية).

(٤) مسالك الأفهام: السبق والرماية / في العقد ج ٦ ص ٩٩.

(٥) جامع المقاصد: السبق والرماية / في الرمي ج ٨ ص ٣٥٥، مسالك الأفهام: (انظر الهامش السابق: ص ١٠٠).

(٦) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / شرائط الرمي ج ٢ ص ٣٦١ (الطبعة الحجرية).

كونه من الشرط المخالف.

فالأقوى: لزومه مع الاشتراط وإن كان اشتراطه غير معتبر في صحّة العقد؛ لعموم: «المؤمنون...»[1]، ولإمكان تعلّق الغرض بذلك، وعدم اعتباره في الصحّة لا يقتضي فساده، كما هو واضح.

﴿الفصل الخامس[2]: في أحكام النضال﴾

الشامل للسبق على ما عرفته سابقاً ﴿وفيه مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

﴿إذا قال أجنبيّ لخمسة﴾ مثلاً: ﴿من سبق فله خمسة، فتساووا في بلوغ الغاية، فلا شيء لأحدهم﴾ بلا خلاف[3] ولا إشكال ﴿لأنّه لا سبق﴾ لأحدهم.

كما لا خلاف[4] ﴿و﴾ لا إشكال في أنّه ﴿لو سبق أحدهم كانت الخمسة له﴾ لتحقّق الوصف فيه دون غيره.

↑ ج ٢٨ / ٢٣٢

﴿و﴾ أمّا ﴿إن سبق اثنان منهم﴾ ففي المتن وعن جماعة[5]:

---

(١) تقدّم في ص ١٨٢.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: الرابع.

(٣ و ٤) ينظر المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥، وتحرير الأحكام: السبق والرمي / أحكام المسابقة ج ٣ ص ١٧٠، وجامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٩، ومسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠١، ومجمع الفائدة والبرهان: السبق والرماية ج ١٠ ص ١٨١.

(٥) منهم الشيخ في المبسوط: (انظره في الهامش السابق)، والعلّامة في الإرشاد: السبق ←

﴿كانت﴾ الخمسة ﴿لهما﴾ بالنصف ﴿دون الباقين، وكذا لو سبق ثلاثة أو أربعة﴾ بالثلث أو الربع موزّعة على الرؤوس؛ لظهور كون المراد بذل الخمسة ـ لا غير ـ لمن حصل له الوصف المزبور متّحداً أو متعدّداً، خصوصاً مع تشخّصها، بل مع فرض منع الظهور لا إشكال في الاحتمال، والأصل براءة الذمّة من وجوب دفع الزائد، فيقتسمها السابقون.

وقيل: يستحقّ كلّ واحد منهم خمسة، واختاره في جامع المقاصد[1] وتبعه في المسالك[2]؛ لأنّ «مَن» للعموم الذي هو بمعنى كلّ فرد، بل الحكم في جميع القضايا الكلّيّة كذلك. على أنّ لفظ «مَن» مفرد؛ بدليل عود الضمير إليها كذلك، فهي بمعنى: أيّ فرد.

ولأنّ العوض في مقابل السبق، وقد وقع من كلّ واحد، فيستحقّ كلّ منهم كمال العوض، وقد صرّح المصنّف[3] والفاضل[4] في كتاب الجعالة باستحقاق كلّ واحد الدرهم في نحو قوله: «من دخل داري فله درهم» فدخلها جماعة؛ لأنّ كلّ واحد منهم قد دخل دخولاً كاملاً.

ولا يقدح في ذلك عدم معرفة العوض حينئذٍ؛ لعدم معرفة السابقين؛ لأنّ المعتبر العلم بأصل القدر في الجملة، ولذا جاز «من سبق

← والرماية ج ١ ص ٤٣٢، وولده في الإيضاح: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٦٩.

(١) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠١ ـ ١٠٢.

(٣) شرائع الإسلام: الجعالة / في الأحكام ج ٣ ص ١٦٥.

(٤) إرشاد الأذهان: الإجارة / في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.

فله كذا» و«من صلّى فله كذا» .

وقد يناقش : بأنّ مقتضى عموم الأفراد ـ الذي هو بمعنى : لكلّ واحد سابق ـ عدم استحقاق أحد منهم شيئاً مع التعدّد ؛ ضرورة عدم صدق الواحد السابق على الجميع عليه ، وقد اتّفق القولان على عدمه .

فليس المراد حينئذٍ إلّا العموم في «مَن» باعتبار الصلة الذي هو بمعنى : كلّ سابق الشامل للمتّحد والمتعدّد ، إمّا لدعوى ظهوره في ذلك ، أو لأنّه كذلك بعد انتفاء الأوّل ، وهذا لا يتمّ إلّا بملاحظة كون السابق المجموع ؛ ضرورة كونه هو الذي تحقّق فيه السبق المطلق ، بخلاف كلّ فرد ، فإنّ المتحقّق فيه مطلق السبق الشامل للإضافي ، الذي تحقُّق صدق السبق معه ليس بأولى من صدق عدمه ، بخلاف المجموع فإنّه يصدق اسم السبق المطلق عليه ، ولا يصحّ عدم صدق السبق عليه .

وبذلك افترق ما نحن فيه عن نحو «من دخل داري . . .» وكان نحو «من ردَّ عبدي» وقد اشترك في ردّه جماعة ، وصحّ كلام الشيخ والمصنّف والفاضل ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع ، والله العالم .

↑ ج ٢٨ / ٢٣٣

﴿و﴾ منه يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنّف فيما ﴿لو قال: من سبق فله درهمان، ومن صلّى فله درهم﴾ حيث قال : ﴿فلو سبق واحد أو اثنان أو أربعة فلهم الدرهمان. ولو سبق واحد وصلّى ثلاثة وتأخّر واحد كان للسابق درهمان وللثلاثة درهم، ولا شيء للمتأخّر﴾ ولو سبق ثلاثة مثلاً وصلّى واحد وتأخّر واحد كان الدرهمان للثلاثة وللمصلّي درهم ولا شيء للمتأخّر ؛ إذ ذلك كلّه

مبنيّ على ما عرفت ، وحينئذٍ يكون للمصلّي أكثر من السابق في الفرض الأخير .

ومن هنا قال في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[١] ـ : «هو خلاف الأمر المعتبر في العقد ، فإنّه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد ممّا يجعل للمصلّي ، فلو ساوى بينهما لم يصحّ ، فما زاد أولى ، ومن ثَمَّ احتمل البطلان هنا لفوات الغرض» .

ثمّ قال : «وردّ بأنّ استحقاق الزيادة باعتبار التفرّد بالوصف ، لا باعتبار جعل الفاضل للمتأخّر . وفيه نظر ؛ لمنافاة الغرض المقصود على التقديرين» .

«وعلى ما اخترناه من استحقاق كلّ واحد من السابقين القدر المعيّن حينئذٍ يرتفع الإشكال ؛ لأنّه لا يتحقّق معه مساواة المصلّي للسابق فضلاً عن رجحانه عليه»[٢] .

قلت : قد عرفت سابقاً ما في أصل اشتراط زيادة السابق ، على أنّه بناءً على ما ذكرنا لا إشكال أيضاً ؛ إذ هو المجموع لا كلّ واحد ، فهو أكثر من المصلّي .

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿لو كان[٣]﴾ المتراهنان ﴿اثنين﴾ مثلاً ﴿وأخرج كلّ واحد منهما

---

(١) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠٣.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: كانا.

سبقاً، وأدخلا محلّلاً وقالا: أيّ الثلاثة سبق فله السَبقان؛ فإن سبق أحد المستبقين كان السَبقان له﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ﴿على ما اخترناه﴾ من جواز جميع صور بذل السَبق.

﴿وكذا لو سبق المحلّل﴾ لحصول الوصف فيه.

﴿ولو سبق المستبقان كان لكلّ واحد منهما مال نفسه، ولا شيء للمحلّل﴾.

لكن قد يشكل: بأنّه بناءً على ما ذكرناه سابقاً يشتركان في المالين، لا أنّه يكون لكلّ واحد منهما مال نفسه.

وقد يدفع: بأنّ المعهود من عوض السبق إذا كان من المتسابقين أن يبذله المسبوق إذا سبق، ولم يسبق في الفرض أحدهما، فلا وجه لأخذ العوض منه مع كونه سابقاً.

↑ ج ٢٨ / ٢٣٤

﴿و﴾ كذا الحال فيما ﴿لو سبق أحدهما والمحلّل، كان للسابق[٢] مال نفسه﴾ لأنّه لم يسبقه أحد ﴿ونصف مال المسبوق، ونصفه الآخر للمحلّل﴾ لاشتراكهما في صفة السبق له.

لكن قد يشكل: بعدم تناول مفروض العبارة لسبق ما زاد على الواحد، فيتّجه حينئذٍ عدم استحقاق شيء للمركّب. اللّهمّ إلّا أن يقال: بصدق سبق الواحد منهم ولو شاركه غيره، أو يقال: إنّ المراد أيّ الثلاثة

---

(١) ينظر المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤، والمهذّب: السبق والرماية / ما يجوز المسابقة عليه ج ١ ص ٣٣٢، وقواعد الأحكام: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٧٧، ومجمع الفائدة والبرهان: السبق والرماية ج ١٠ ص ١٨٤.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: للمستبق.

ولو المركّب، فتأمّل.

﴿ولو سبق أحدهما وصلّى المحلّل، كان الكلّ للسابق؛ عملاً بالشرط﴾ خلافاً لما عن بعض العامّة: من كون مال المسبوق الآخر للمحلّل الذي هو سابق عليه، وإنّما يحرز السابق مال نفسه[1]. وهو غلط واضح.

﴿وكذا لو سبق أحد المستبقين وتأخّر الآخر والمحلّل، وكذا لو سبق أحدهما وصلّى الآخر وتأخّر المحلّل﴾ خلافاً لما عن ذلك البعض من العامّة: فللسابق سبق نفسه، وللمسبوق الثاني سبق نفسه أيضاً ـ لأنّه سابق للمحلّل ـ ولا شيء للمحلّل[2].

ولو تساووا جميعاً في الوصول إلى الغاية أحرز كلّ منهما مال نفسه ولا شيء للمحلّل، وذلك كلّه واضح.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة﴾ مثلاً ﴿فرمى كلّ واحد منهما عشرة، فأصاب﴾ كلّ واحد ﴿خمسة، فقد تساويا في الإصابة والرمي، فلا يجب إكمال الرشق؛ لأنّه يخرج عن المبادرة﴾ التي قد عرفت أنّها اشتراط العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معيّن من مقدار رشق معيّن، مع تساويهما فيه أو أعمّ من ذلك.

---

(١) المجموع: ج ١٥ ص ١٥١، حلية العلماء: ج ٥ ص ٤٧١.

(٢) المصدر السابق.

وحينئذٍ فإذا رَمَيا رشقاً وتساويا في إصابته لم يتحقّق السبق، ولو وجب الإكمال ـ لرجاء السبق في الباقي ـ خرج عن موضوع المبادرة إلى المحاطّة، وهو خلاف المفروض.

﴿و﴾ كذا لا يجب الإكمال فيما ﴿لو رمى كلّ واحد منهما عشرة، فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة، فقد نضله صاحب الخمسة؛ و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو سأل﴾ صاحب الأربعة ﴿إكمال الرشق لم يجب﴾ لحصول المبادرة، وإلّا خرج عن موضوعها.

ج ٢٨ / ٢٣٥

﴿أمّا لو شرطا[1] المحاطّة، فرمى كلّ واحد منهما عشرة وأصاب[2] خمسة، تحاطّا خمسة بخمسة، وأكملا الرشق﴾ رجاءً لحصول السبق؛ لأنّ مقتضى المحاطّة ذلك على ما عرفت من تعريفها[3].

﴿و﴾ كذا ﴿لو أصاب أحدهما من العشرة تسعة وأصاب الآخر خمسة، تحاطّا خمسة بخمسة، وأكملا الرشق﴾ رجاءً لحصول السبق فيما بقي.

﴿ولو تحاطّا فبادر أحدهما إلى إكمال العدد﴾ الذي اشترط الإصابة فيه ﴿فإن كان مع انتهاء الرشق﴾ منهما ﴿فقد نضل صاحبه﴾ لحصول الفراغ من العقد.

---

(١) في بعض النسخ: شرط.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: فأصاب.

(٣) في ص ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

﴿وإن كان قبل انتهائه فأراد صاحب الأقلّ إكمال الرشق، نظر: فإن كان له في ذلك فائدة، مثل أن يرجو أن يرجح عليه﴾ كما لو رمى كلّ منهما عشرة، فأصابها أحدهما وأصاب الآخر منها خمسة، فإنّ صاحب الأقلّ يرجو أصابة العشرة أجمع وخطأ صاحبه له، فينضله حينئذٍ ويكون الخطر له؛ لأنّه بعد التحاطّ يحصل له إصابة الخمسة المفروض اشتراطها في عدد العشرين.

﴿أو يساويه﴾ كما لو فرض في المثال خطأ أحدهما للعشرة، فإنّه يرجو بالإكمال إصابة العشرة الباقية وخطأ الآخر له، فيساويه ويتحاطّان ولا يستحقّ أحدهما على الآخر شيئاً.

﴿أو يمنعه أن ينفرد بالإصابة؛ بأن يقصر بعد المحاطّة عن عدد الإصابة﴾ كما لو فرض إصابة اثنين من العشرة التي أصابها أجمع صاحبه، فيرجو بالإكمال إصابة العشرة الباقية له وخطأ الآخر، فيتحاطّان عشرة بعشرة ويبقى اثنان له، ولا يستحقّ أحدهما على الآخر شيئاً، فمتى كان كذلك ﴿أُجبر صاحب الأكثر﴾ على الإكمال.

﴿وإن لم يكن له فائدة﴾ لأنّه مغلوب على كلّ حال ﴿لم يُجبر﴾ صاحب الأكثر على الإكمال ﴿كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها، ورمى الآخر فأصاب منها خمسة، فيتحاطّان خمسة بخمسة﴾ ويبقى لأحدهما عشرة ﴿فإذا أكملا فأبلغُ ما﴾ يفرض أنّه ﴿يصيبـ﴾ـها ﴿صاحب الخمسة ما تخلّف وهي خمسة ويخطئها صاحب الأكثر، فيجتمع لصاحب الخمسة﴾ حينئذٍ ﴿عشرة،

فيتحاطّان عشرة بعشرة ويفضل لصاحب الأكثر خمسة، فلا تظهر[1] للإكمال فائدة﴾ وهو واضح، كوضوح ما يتصوّر هنا من نحو ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٢٣٦

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا تمّ النضال ملك الناضل العوض﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال، لأنّه مقتضى العقد المحكوم بصحّته شرعاً.

بل لا يبعد دعوى الكشف هنا؛ لما عرفته غير مرّة في نظائره، وإن كان هو خلاف ظاهر المتن وغيره[3]، إلّا أنّ سببيّة العقد ـ المعلومة من النصّ والفتوى ـ تقضي بما ذكرناه.

بل لعلّ التدبّر في عبارة المسالك يقضي بذلك، قال: «وكأنّ السرّ في تعليق الملك على تماميّة النضال: أنّ العقد وإن كان لازماً إلّا أنّ الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه؛ لاحتمال السبق من كلّ منهما وعدمه، فإذا تحقّق السبق على وجهٍ من الوجوه فقد تمّ النضال، سواء أكمل الرشق أم لا، وتحقّق الملك للسابق، وقبل ذلك لا يحصل، بخلاف الإجارة»[4]. وهو ظاهر فيما قلناه.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: فلا يظهر.

(٢) ينظر المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١، وإرشاد الأذهان: السبق والرماية ج ١ ص ٤٣٢، واللمعة الدمشقيّة: السبق والرماية ص ١٧٢، وكفاية الأحكام: السبق والرماية / في الأحكام ج ١ ص ٧٢٩.

(٣) انظر الهامش السابق.

(٤) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠٧ ـ ١٠٨.

وبذلك يتوجّه صحّة ضمانه وصحّة الرهن عليه ـ كما صرّح به في القواعد[١] ـ وإن قلنا بجواز العقد، وإلّا أشكل ذلك؛ ضرورة أنّه بناءً على اعتبار العمل في ثبوته يكون ضمانه من ضمان ما لم يجب وإن قلنا بلزومه، إذ هو لا يجدي في صحّتهما مع عدم الثبوت في الذمّة، وإن كان ظاهر جامع المقاصد ذلك[٢]، لكنّه في غير محلّه؛ لما عرفت في محلّه من أنّ التحقيق كون المدار الثبوت في الذمّة سواء كان بعقد جائز أو لازم.

إنّما الكلام: في توقّف ثبوته في الذمّة على العمل، ولا ريب في أنّه عليه يتوجّه ما عن التذكرة من حكاية الإشكال فيه عن بعض الفقهاء[٣]، بل في جامع المقاصد: «أنّ هذا الإشكال واضح بيّن[٤]»[٥]، ولا مدفع له إلّا ما ذكرناه.

ولا يقدح فيه عدم حصول وصف السبق حال العقد؛ إذ لا مانع من اقتضائه الملك حاله لمن يتّصف بالسبق بعده، بناءً على أنّ السبق شرط كاشف.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿له التصرّف فيه﴾ بعد تماميّة النضال ﴿كيف شاء، وله أن يختصّ به، و﴾ له ﴿أن يطعمه أصحابه﴾ لعموم:

---

(١) قواعد الأحكام: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٧٥.

(٢) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / أحكام السبق ج ٢ ص ٣٥٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) في المصدر بدلها: متين.

(٥) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٧.

«الناس مسلّطون على أموالهم»[1] وغيره.

﴿ولو شرط في العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحّته﴾ لعموم: «أوفوا...»[2] و«المؤمنون...»[3].

خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه[4]: من البطلان للشرط والعقد؛ لأنّ عوض العمل يجب أن يكون للعامل كالإجارة، فاشتراط خلافه منافٍ لمقتضاه.

↑ ج ٢٨ / ٢٣٧

وردّه في المسالك بـ«أنّ إلحاقه بالإجارة قياس مع الفارق؛ لما عرفت أنّه ليس على نهجها مطلقاً، بل ولا على نهج المعاوضات؛ لصحّة البذل فيه من الأجنبي الذي لم يصل إليه شيء من العوض الآخر، فإذا دلّ على صحّته دليل عامّ ـ كما ذكرنا ـ لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه»[5]. ونحوه في جامع المقاصد[6].

قلت: إن كان المراد بالشرط التزام صرف ما هو ملكه بالعقد في

---

(١) الخلاف: مسألة ٢٩٠ ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧، بحار الأنوار: ح ٧ ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللآلي: ح ٩٩ ج ١ ص ٢٢٢.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) تقدّم في ص ١٨٢.

(٤) العبارة المنقولة عن المبسوط تختلف عمّا هو الموجود فيه، ففي المختلف (السبق والرماية ج ٦ ص ٢٥٧): «وقال في المبسوط: النضال باطل، وقال قوم: الشرط باطل والنضال صحيح، وهو قويّ» فكأنّ مختاره الأوّل رغم قوّة الثاني أيضاً، إلّا أنّ في المبسوط بدل «قويّ»: «أقوى» فيكون عين مختاره في الخلاف من صحّة العقد وفساد الشرط، انظر المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٣٠٢، والخلاف: السبق / مسألة ١٠ ج ٦ ص ١٠٥.

(٥) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠٨.

(٦) جامع المقاصد: السبق والرماية / في الرمي ج ٨ ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

مصرف خاصّ فلا يقدح في الإجارة فضلاً عن غيرها، وإن كان المراد اشتراط ذلك على وجهٍ يكون المستحقّ بالعقد غير المتسابقين، فقد تقدّم سابقاً اعترافه بأنّ من شرائط صحّة العقد كون العوض ـ ولو من أجنبي ـ لأحد المتسابقين، وأنّه لا يجوز لأجنبي.

ويمكن أن يكون المراد: اشتراط إطعامه لحزب المسبوق منهما فيما إذا كان عقد المراماة بين حزبين، كما تسمعه في المسألة السابعة، ووجه البطلان حينئذٍ: أنّه رجوع إلى اشتراطه للمسبوق، وقد عرفت عدم جوازه. والصحّة: للعمومات، وكون الحزب غير المسبوق.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا فسد عقد السبق﴾ بسبب كون العوض خمراً مثلاً أو مجهولاً... أو بنحو ذلك ممّا هو من شرائط صحّة العقد ﴿لم يجب بالعمل أُجرة المثل﴾ وفاقاً للمحكي عن الشيخ[1] ﴿ويسقط المسمّى لا إلى بدل﴾ لظهور فساد العقد الذي تضمّنه؛ لأنّه[2] لم يعمل له شيئاً، ولا استوفى منفعة عمله؛ إذ نفع سبقه راجع إليه، بخلاف الإجارة والجعالة الفاسدتين الراجع نفع العمل فيهما إلى المستأجر والجاعل.

ولكن في القواعد[3] وجامع المقاصد[4] ومحكيّ التذكرة[5]: أنّ له

---

(١) المبسوط: السبق والرماية ج ٦ ص ٣٠٢ (لم يذكره في خصوص كون العوض خمراً...).

(٢) في بعض النسخ: ولأنّه.

(٣) قواعد الأحكام: السبق والرماية / في السبق ج ٢ ص ٣٧٥.

(٤) جامع المقاصد: السبق والرماية / في الأحكام ج ٨ ص ٣٣٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: السبق والرماية / أحكام الرمي ج ٢ ص ٣٥٧ (الطبعة الحجرية).

أُجرة المثل، بل يجب أُجرة مثل عمله، وهو مجموع ركضه لا قدر ما سبق به؛ لأنّه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر؛ لقاعدة: «ما يضمن بصحيحه...»[١]. ولا ينافيه عدم حصول النفع له؛ فإنّ القراض الفاسد يجب فيه أُجرة المثل وإن لم يحصل نفع بالعمل للمالك.

وأشكله في المسالك بـ«أنّ الالتزام لم يقع إلّا على تقدير العقد الصحيح، والأصل براءة الذمّة من وجوب غير ما وقع عليه العقد».

«والفرق بينه وبين ما تجب به أُجرة المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأُجرة حتّى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود عليه نفع في القراض، بل لأنّ تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له أُجرة في العادة، فإذا فسد العقد المتضمّن للعوض المخصوص بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأُجرة المثل».

ج ٢٨ / ٢٣٨

«بخلاف هذا العقد؛ فإنّه لا يقتضي أمراً بالفعل، فإنّ قوله: (سابقتك) على معنى[٢]: أنّ مَن سبق منّا فله كذا... ونحو ذلك من الألفاظ الدالّة على المراد ليس فيها أمر ولا ما يقتضيه بفعل له أُجرة، والأصل براءة الذمّة من وجوب غير ما في العقد».

«وقاعدة (ما يضمن...) لا دليل عليها كلّيّةً، بل النزاع واقع في

---

(١) ينظر إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، ومسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

(٢) ليست في المصدر.

مواردها، فكلّ ما لا إجماع ولا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيء فيه فالأصل يخالف مقتضى[١] القاعدة».

«نعم، لو اتّفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الأمر بالفعل وجوّزناه اتّجه وجوب أُجرة المثل، إلّا أنّ هذا خارج عن وضع الصيغة المعهودة، وإنّما يتمّ حيث لا نخصّه بعبارة، بل كلّ لفظ يدلّ عليه كالجعالة»[٢].

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة أنّه لا مدخليّة للفظ الأمر المقصود به إنشاء العقد في وجوب أُجرة المثل بعد فرض فساد العقد، وإنّما المقتضي لها عدم كون العمل متبرّعاً به والأصل ضمانه؛ لأنّ عمله كمالِهِ وهو في الجميع حاصل وإن فرض عدم اعتبار وصول النفع إليه.

على أنّه لا فرق ـ عند التأمّل ـ في أصل الضمان بين ذلك وبين ما ذكره المصنّف ﴿و﴾ غيره[٣] ـ بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه ـ من أنّه ﴿لو كان السبق مستحقّاً وجب على الباذل مثله أو قيمته﴾ ضرورة اشتراك الجميع في فساد العقد من الأصل، وكون الأخير صالحاً للصحّة لو أجاز المالك لا يقتضي فرقاً في الحكم المزبور.

ومنه يظهر: أنّ المتّجه فيه أيضاً وجوب أُجرة المثل لما عرفت، دون مثل المسمّى أو قيمته؛ لعدم وجوب المسمّى حتّى يتّجه ضمانه بذلك، لأنّ الفرض الفساد من الأصل.

---

(١) في المصدر بدلها: مدّعي.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) كالعلّامة في الإرشاد: السبق والرماية ج ١ ص ٤٣٢، والشهيد في اللمعة: السبق والرماية ص ١٧٢.

والقرب من المسمّى الثابت لايقتضي ضمانه بعد فوات ما يـقتضي لزوم المسمّى، كما أنّ ثبوت نظيره في الصداق ـ على فرض تسليمه ـ لا يقتضي الثبوت هنا بعد حرمة القياس. وقد اعترف بجملة مـن ذلك كلّه في جامع المقاصد [١] والمسالك [٢].

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا فضل [٣] أحدهما الآخر في الإصـابة، فـقال له: اطـرح الفضل بكذا، قيل: لا يجوز؛ لأنّ المقصود بـالنضال إبـانة حـذق الرامي وظهور اجتهاده﴾ بـحصول الغـلبة له ﴿فـلو طـرح الفـضل بعوض﴾ أو بغير عوض ﴿كان تـركاً للـمقصود بـالنضال، فـتبطل المعاوضة ويردّ ما أخذ﴾ه منه لذلك، بل في المسالك ـ بعد أن حكاه عن المشهور ـ: «لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً» [٤].

↑ ج ٢٨ / ٢٣٩

إلّا أنّه قد يشعر نسبة المصنّف له إلى القيل بتمريضه، ووجّهه فـي المسالك بـ«أنّه جعل على عمل محلّل، ومنع كون المقصود بـالنضال منحصراً فيما ذكر؛ لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدّماته، مضافاً إلى أصالة الصـحّة، وعـموم الأمـر

(١) جامع المقاصد: السبق والرماية / في السبق ج ٨ ص ٣٣٨.

(٢) مسالك الأفهام: السبق والرماية / أحكام النضال ج ٦ ص ١١١.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: نضل.

(٤) الهامش قبل السابق.

بالوفاء، والكون مع الشرط، ومنافاته للشرع غير متحقّقة»[١].

وفي الرياض: «أنّه أوجه من الأوّل إن لم يكن الإجماع على خلافه انعقد. وفيه ما لا يخفى إن أُريد إدراجه في الجعالة؛ إذ لا عمل يستحقّ عليه ذلك. بل وفي الصلح؛ لعدم ثبوت حقّ له بذلك على وجهٍ يصحّ بذل العوض عنه. وكذا إن أُريد أنّها معاوضة برأسها كما هو ظاهر المتن، بل لعلّ ذلك هو مفروض البحث، لا جواز ذلك صلحاً أو غيره»[٢].

وفيه: أنّه لا دليل على مشروعيّته، وعموم: «أوفوا...»[٣] إنّما هو للعقود المتعارفة، لا نحو ذلك، خصوصاً بعد ما عرفت من شهرة عدم مشروعيّتها وأنّه لم يذكر فيه خلاف، من غير فرق بين كون المراد من ذلك إتمام النضال بعد رفع اليد من الفضل أو رفع اليد عنه رأساً، بل الثاني أولى بالعدم؛ لأنّه من العقود اللازمة.

نعم، يشرع فيه التقايل، وهو غير المفروض هنا الذي هو طرح الفاضل بالعوض، كما هو واضح.

المسألة السابعة

يجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين؛ لإطلاق الأدلّة، والمرسل عن النبيّ صلى الله عليه وآله: أنّه مرّ بحزبين من الأنصار يتناضلون، فقال:

---

(١) المصدر السابق.

(٢) رياض المسائل: السبق والرماية ج ١٠ ص ٢٥٥.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

أنا مع الحزب الذي فيه ابن الأدرع[١].

والمراد من تناضل الحزبين: إيقاع العقد بين الجماعتين ولو بوكالة كلّ جماعة واحداً منها، ويكون كلّ حزب ـ فيما يتّفق لهم من الإصابة والخطأ ـ كالشخص الواحد.

وفي اشتراط تساوي عددهم وجهان، بل قولان، أقواهما: العدم؛ لإطلاق الأدلّة، فيرامي واحد مثلاً ثلاثة؛ بمعنى: أنّه يرمي ثلاثة، وكلّ واحد منهم مرّة.

ج ٢٨ / ٢٤٠

وهل يعتبر تعيين كلّ واحد منهما في مقابلة من يرمي معه، أو يكفي نصب رئيس لهما يكون الاختيار له في تعيين ذلك؟ ولا ريب في أنّ الأولى الأوّل، وإن كان يقوى جواز ذلك أيضاً إذا فرض تراضيهم في العقد على ذلك.

ولا يعتبر في العاقد عن الحزبين أن يكون مطاعاً فيما بينهم مقدّماً عليهم في الرمي، وإن اعتبر ذلك بعض[٢]، ولكن لا دليل معتبر عليه.

ولو شرط السبق من الرئيس خاصّة أو من أجنبي أو من أحد الحزبين أو منهما جاز. نعم، يقسّط على الحزبين بالسويّة غرماً وأخذاً إذا لم يشترط التفاوت، واحتمال التوزيع على قدر الخطأ والإصابة

---

(١) عوالي اللآلي: باب السبق والرماية ح ٥ ج ٣ ص ٢٦٦، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب السبق والرماية ح ٣ ج ١٤ ص ٧٩، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ٩٤، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ١٧، صحيح ابن حبّان: ج ١٠ ص ٥٤٨، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٥ و٦ ج ٦ ص ٢١٤، المغُني (لابن قدامة): ج ١١ ص ١٤٧، الشرح الكبير: ج ١١ ص ١٣٢.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: السبق والرماية / في الرمي ج ٨ ص ٣٦٦.

لا دليل عليه.

ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر، فيجب عدد له ثلث إذا كانوا ثلاثة، وربع إذا كانوا أربعة... وهكذا.

ولو كان في أحد الحزبين من لم يحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله، وحينئذٍ يتخيّر كلّ من الحزبين في فسخ العقد؛ لكونه حينئذٍ كتبعّض الصفقة.

وكيفيّة الغلبة بين الحزبين على حسب ما يشترطونه ويتّفقون عليه[1] بينهم، والله العالم.

والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً، والشكر له على الإكمال.

ج ٢٨ / ٢٤١

تمّ المجلّد الخامس والحمد لله، ويتلوه في المجلّد السادس الوصيّة إن شاء الله تعالى.

---

(١) في بعض النسخ: عليها.

كتاب

الوصايا

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

﴿كتاب الوصايا﴾

جمع وصيّة، من: أوصى يُوصي، أو وصّى يوصّي.

قال في الصحاح: «أوصيت له بشيء وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيّك، والاسم: الوصاية بالكسر والفتح، وأوصيته ووصّيته أيضاً توصيةً بمعنىً، والاسم: الوَصاة ـ إلى أن قال: ـ ووصيت الشيء بكذا: إذا وصلته به»[1].

وذكر غير واحد من الأصحاب: أنّ الوصيّة منقولة من وصىٰ يصي بالمعنى الأخير؛ لما فيها من وصل القربات الواقعة بعد الموت بالقربات في حال الحياة[2]، أو بالعكس[3]، أو وصل التصرّف حال الحياة به بعد

---

(١) الصحاح: ج ٦ ص ٢٥٢٥ (وصى).

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٧.

(٣) كما في الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١١.

الوفاة[1].

لكنّ ذلك كلّه كما ترى، والأولى نقلها من الوصيّة بمعنى مطلق العهد ـ يقال: «أوصاه ووصّاه توصيةً: عهد إليه»[2] ـ إلى خصوص ما يعهده الإنسان بعد وفاته، بل الوصيّة بمعنى التمليك ألصق بهذا المعنى من الأوّل كما هو واضح، والأمر سهل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿النظر في ذلك﴾ الكتاب ﴿يستدعي فصولاً﴾:

(١) كما في التنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٥٨، ورياض المسائل: الوصايا / المقدّمة ج ١٠ ص ٢٥٧.

(٢) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٥٨١ (وصى).

[الفصل] ﴿الأوّل﴾

﴿في الوصيّة﴾

﴿وهي﴾ إنشاء الموصي ﴿تمليك عين أو منفعة بعد الوفـاة، و﴾ هذه لا إشكال بل لا خلاف (١) في أنّها ﴿تفتقر (٢) إلى إيجاب وقبول﴾ للإجماع بقسميه (٣) على أنّها حينئذٍ بحكم العقود المتوقّفة عـلى ذلك، وأنّها بمنزلة الهبة والعطيّة والصدقة.

مضافاً إلى أصالة عدم انتقال الملك من الموصي وعدم دخوله في ملك الموصى له بدونهما، بل ليس في الشريعة في أسباب الملك ما هو كالإيقاع في الحصول من جانبٍ خاصّة.

ودعوى: صدق الوصيّة على الإيجاب وحده ـ على وجهٍ يشـمل

---

(١) كما في رياض المسائل: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٢٥٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يفتقر.

(٣) نقل الإجماع في غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

وصرّح بالافتقار ابن إدريس في السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٤، والعلّامة في التحرير: الوصايا / في الماهيّة ج ٣ ص ٣٣٠، والشهيد الأوّل في الدروس: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٥ و٢٩٦، والشهيد الثاني في الروضة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٣.

ما نحن فيه ـ واضحة المنع، خصوصاً بعد ظهور معظم إطلاقات الوصيّة فيها بمعنى العهد الذي يعهد الموصي فعله بعد وفاته بأمر ونحوه، لا ما يشمل محلّ البحث، وهي بهذا المعنى ليست من العقود قطعاً، بل ضرورةً.

ج ٢٨ / ٢٤٢

ومن ذلك يظهر لك ما في إطلاق كثير من الأصحاب: كون الوصيّة عقداً ثمرته تمليك العين أو المنفعة بعد الوفاة[١].

اللّهمّ إلّا أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصيّة، ولعلّ الظاهر ذلك، وحينئذٍ فلا وجه لنقض التعريف[٢] المزبور بالوصاية وبالوصيّة بإبراء المديون وبالوقف... ونحو ذلك؛ ضرورة كون المراد تعريف ذلك الفرد من الوصيّة، لا مطلق الوصيّة.

بل لا يرد التدبير أيضاً بناءً على أنّه عتق معلّق جاز للدليل، لا وصيّة به، بل لو سلّمنا أنّه وصيّة فهو قسم آخر منها خارج عمّا نحن فيه من البحث عن الوصيّة التمليكيّة الملحقة بكتاب العطايا والصدقات، وحينئذٍ فالتعريف تامّ.

نعم، زاد فيه في محكيّ التذكرة[٣] وإيضاح النافع[٤]: «تبرّعاً»، ولعلّه لبيان الواقع؛ باعتبار ظهور النصّ والفتوى في اعتبار المجّانيّة في

---

(١) صيغ العقود (آثار الكركي): في الوصيّة ج ٥ ص ٦٩.

(٢) وقع هذا النقض في مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصايا / المقدّمة ج ٢ ص ٤٥٢ (الطبعة الحجرية).

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٩.

الوصيّة بالمعنى المزبور، لأنّها بمنزلة الصدقة، فلو قال: «هذا لفلان بعد موتي بكذا» بطلت.

فما في جامع المقاصد: من إشكاله بما إذا أوصى بالبيع ونحوه من المعاوضات ـ فإنّه وصيّة ولا تبرّع فيه[1] ـ في غير محلّه؛ لما عرفت من أنّ محلّ البحث في الوصيّة المملّكة لا العهديّة، وقد عرفت اعتبار المجّانيّة فيه.

بل الظاهر اقتصار التمليك فيها على ما كان نحو الصدقة، فلو قال: «بعت هذا من زيد بعد وفاتي بكذا» ـ مثلاً ـ بطل.

لا للتعليق الذي يمكن دفعه: بأنّه ممنوع في البيع لا في الوصيّة به التي مبناها على ذلك؛ ولذا جاز في صيغة التمليك المجّاني.

بل لعدم ما يدلّ على صحّة الوصيّة على الوجه المزبور، بعد ما عرفت من ظهور نصوصها في خلاف ذلك فيما كان بلفظ التمليك ونحوه، فضلاً عمّا كان بلفظ البيع والصلح والإجارة... ونحوها ممّا لا دليل على صحّة إيجاب الوصيّة بها، فضلاً عن ملاحظة العوض فيها.

ومن ذلك لم يصحّ إنشاء الوقف والرهن وغيرهما ممّا لا عوض فيه بالوصيّة على وجهٍ يكون كالتمليك؛ بأن يقول: «هو وقف بعد وفاتي على زيد» أو «هو رهن بعد وفاتي» أو نحو ذلك.

نعم، يصحّ الوصيّة بذلك على معنى العهد، أي يأمر بوقفه بعد وفاته مثلاً.

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٨.

↑ ج ٢٨ / ٢٤٣

فتأمّل جيّداً؛ كي يظهر لك ما في كثير من كلماتهم في المقام، حتّى أنّ منهم من زاد في التعريف: «أو تسليط على تصرّف»[١] لإرادة شمول الوصاية بمعنى الولاية، مع أنّه ينتقض بالتدبير أيضاً، ولذا زاد في الكفاية مع ذلك: «أو فكّ ملك» قبل «أو تسليط»[٢].

ومنهم من عرّفها: بأنّها تنفيذ حكم شرعي من مكلّف أو ما في حكمه بعد الوفاة[٣].

وهو ـ كما ترى ـ خارج عمّا نحن فيه؛ ضرورة كون التنفيذ فعل الوصي أو الحاكم، وهما معاً خارجان عن الوصيّة فضلاً عن محلّ البحث، والأمر في ذلك كلّه سهل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿الإيجاب كلّ لفظ دلّ على ذلك القصد﴾ وضعاً أو بقرينة ولو حاليّة ﴿كقوله: أعطوا فلاناً بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي﴾ مريداً بالأوّل إنشاء التمليك بذلك، لا الأمر بفعله بعدها ﴿أو أوصيت له﴾ بكذا من غير تقييد بما بعد الوفاة؛ للاستغناء عنه بلفظ الوصيّة بخلاف الأوّلين.

نعم، ينبغي أن يظهر إرادة إنشاء التمليك فيه بذلك ولو بقرينة حاليّة،

---

(١) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٦٣، اللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦.

(٢) عبارته: «... أو فكّ ملك بعد الوفاة أو تسليط ...». انظر كفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٨.

(٣) وقع هذا التعريف للشهيد في حواشيه على ما نقله في جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٨. وانظر الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٤١٣.

لا الوصيّة العهديّة الخارجة عن محلّ البحث .

ولو قال : «هو له» فهو إقرار في الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء عند التداعي ، إلّا أن يكون قد قرنه بما يفسد الإقرار ويجعله وصيّة . نعم قد يقوى الاكتفاء بنيّته التي قد فسّر اللفظ بها بعد ذلك إذا لم يكن له معارض ولا خصم والمال في يده وتحت سلطنته .

وكذا الكلام في قوله : «وهبته» ثمّ فسّره بإرادة الوصيّة لا التنجيز ، أمّا لو قرن ذلك ونحوه بما يقتضي ذلك لم يكن إشكال حينئذٍ في الحكم بكونه وصيّة ؛ لعدم اختصاصها بلفظ ، وكذا لو قال : «عيّنت له كذا بعد وفاتي» أو «جعلت له كذا» .

نعم ، ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف ، ولا يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح لإرادته حقيقةً ولا مجازاً .

وكذلك الكلام في القبول الذي هو أوسع من الإيجاب ؛ ولذا جاز فيه أن يكون فعلاً دالّاً على الرضا بالإيجاب بلا خلاف أجده فيه وفي سائر العقود الجائزة . ↑ ج ٢٨ / ٢٤٤

نعم ، ظاهرهم [١] بل صريح بعضهم [٢] عدم تحقّق العقد في شيء منها بالفعل في الإيجاب ، لكن لا يخفى عليك مشروعيّته في الجميع ،

---

(١) ينظر إرشاد الأذهان: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦، وكفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٨.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٣٦٢.

كما لا يخفى عليك صدق أسمائها ـ كالعارية والوديعة ... ونحوهما ـ على ذلك.

فلا مناص حينئذٍ عن القول بجواز ذلك فيها ولحوق أحكامها له، إلّا أنّه ليس عقداً لها، فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تندرج في الاسم ولا يجري عليها حكم العقد، وليس عدم الثمرة هنا بين المعاطاة والعقد ـ بعد الاشتراك في الجواز ـ مانعاً من ذلك، كما هو واضح.

فينحصر العقد هنا بالإيجاب لفظاً والقبول كذلك أو فعلاً، وما عداه معاطاة وهو ما كان إيجابه فعلاً سواء كان قبوله كذلك أو لا.

بقي الكلام في أمرين:

أحدهما: أنّ ظاهر إطلاق المصنّف وغيره[1] ـ حتّى معقد إجماع الغنية[2] ونحوه ـ عدم الفرق في افتقار هذا القسم من الوصيّة إلى الإيجاب والقبول بين كونها لمعيّن وغير معيّن كالوصيّة بشيء للفقراء أو لبني هاشم ... وغير ذلك ممّا هو غير محصور، أو كان لجهة كالمسجد.

لكن في القواعد[3] واللمعة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]

---

(١) كالعلّامة في التبصرة: الهبات / في الوصايا ص ١٢٦.

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦.

(٥) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٠ و٢٣.

(٦) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١١٦.

والروضة [١] ومحكيّ التذكرة [٢] والتحرير [٣] والمختلف [٤] والإيضاح [٥] والدروس [٦] والتنقيح [٧] وإيضاح النافع [٨] والكفاية [٩]: أنّه ينتقل بالموت من غير حاجة إلى القبول [١٠]، بل في المسالك: نفي الخلاف فيه [١١]، وعن إيضاح النافع: أنّ عليه الفتوى [١٢].

وظاهرهم أنّه لا يحتاج إلى قبول من الحاكم وإن أمكن، بل في الروضة التصريح بذلك، قال: «ولا يفتقر إلى قبول الحاكم وإن أمكن كالوقف، وربّما قيل فيه بذلك، ولكن لا قائل به هنا» [١٣]، ونحوه في جامع المقاصد [١٤].

ولعلّه لإطلاق الأمر [١٥] بإنفاذ الوصيّة بعد فرض صدقها هنا على

---

(١) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٣ (الطبعة الحجرية).

(٣) تحرير الأحكام: الوصايا / في الماهيّة ج ٣ ص ٣٣٢.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

(٥) إيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٤.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٦.

(٧) ظاهره التردّد في ذلك، انظر التنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦٠.

(٨) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ١٦ ـ ١٧.

(٩) كفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٨.

(١٠) أي في مورد ما لو كانت الوصيّة لغير المعيّن.

(١١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٢١.

(١٢) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ١٧.

(١٣) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٠.

(١٤) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٣.

(١٥) سورة البقرة: الآية ١٨١، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

ذلك من غير حاجة إلى قبول، والسيرة المعلومة، وما عساه يستفاد ممّا ورد من الوصايا بنحو ذلك، ولما استدلّ به في التذكرة[١] وغيرها[٢]: من تعذّر القبول منهم جميعهم، والبعض ترجيح بلا مرجّح، على أنّ الكلام في البعض الآخر.

وإن أمكن المناقشة فيه: بإمكان اعتبار قبول الحاكم الذي هو بمنزلة الجميع، أو الناظر.

لكن لا يخفى عليك أنّ فساد ذلك لا يقتضي فساد أصل الدعوى، وإن تخيّله بعض من عاصرناه[٣] قائلاً: قضيّة كلامهم أنّه لولا هذه العلّة لوجب القول بالقبول، وهذا يقضي بقوّة القول به بعد أن عرفت فسادها بالقبول من الحاكم.

ج ٢٨ / ٢٤٥

مضافاً إلى أصل عدم الانتقال ونحو ذلك، وإلى إطلاقهم كونها عقداً الذي يمكن أن يكون هو السبب لهم في الاتّكال على عدم التصريح بالقبول من الحاكم هنا، بل مثله يعدّ إجماعاً على الاشتراط ويؤخذ حجّة عليه، خصوصاً بعد عدم المعارض لذلك كلّه إلّا إطلاق الأدلّة الذي لم يسق لذلك، بل قد يمنع صدق اسم الوصيّة على الفرض، كما أنّه قد يمنع إرادة هذا الفرد منها. إلّا أنّ الجميع كما ترى.

نعم، قد يقوى كون الوصيّة للفقراء وللجهة غير ما نحن فيه من

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوصايا / أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٣ (الطبعة الحجرية).

(٢) كالروضة البهيّة: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٣) كالطباطبائي في الرياض: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

الوصيّة التمليكيّة، بل هو من الوصيّة العهديّة بالصرف على ذلك خصوصاً الوصيّة للجهة؛ ضرورة عدم صحّة تمليك الجنس بعقد من العقود المملّكة وإن قبل الحاكم عنه ـ إلاّ الوقف على إشكال فيه ـ لقصور أدلّتها عن ذلك، من غير فرق بين البيع والصلح والهبة وغيرها ممّا اشتمل على العوض أو لم يشتمل.

ولا يقاس التمليك بها على الملك الشرعي الثابت في الزكاة والخمس ـ بل والوقف بناءً على القول به ـ لحرمة القياس. على أنّ بناء الوقف على تمليك المعدوم، بخلاف الوصيّة.

مع أنّ أفراد الجنس مختلفة كمال الاختلاف؛ ضرورة كونهم حال الوصيّة غيرهم في الزمن الآخر، لصيرورة الفقير غنيّاً والغنيّ فقيراً، بل فيهم من لم يكن موجوداً أصلاً ثمّ وجد فقيراً... وهكذا، ولا ريب في عدم ظهور معتدّ به في أدلّة العقود يقتضي صلاحيّتها لنحو هذا التمليك، بل لا يبعد بطلان الوصيّة لو قصد بها التمليك المذكور.

ومن ذلك ينقدح: أنّ إطلاق الأصحاب كون الوصيّة عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول في محلّه، ولا يرد عليهم مثل ذلك؛ لخروجه عن الوصيّة التمليكيّة ودخوله في الوصيّة العهديّة الخارجة عن محلّ البحث، خصوصاً الوصيّة للجهة كالمسجد والقنطرة والمدرسة ونحوها ممّا هي غير قابلة للتمليك ولم يقصد منها تمليك غيرها من الفقراء ونحوهم، فليس حينئذٍ إلاّ إرادة المصرف.

فتأمّل جيّداً فإنّه جيّد جدّاً، وإن كان مخالفاً لما صرّح به بعضهم

ـ كالفاضل[١] والمحقّق الثاني[٢] وغيرهم[٣] ـ من كون الوصيّة في الفرض مملّكة ولكن لا تحتاج إلى قبول مطلقاً، أو تحتاج إلى قبول من الحاكم.

ضرورة منافاة ذلك لكونها عقداً مفتقراً إلى الإيجاب والقبول المعتبر فيهما ما يعتبر في باقي العقود إلّا ما خرج بالدليل، حتّى العربيّة بناءً على اعتبارها في العقود جميعها، وإن صرّح في الروضة بعدم اعتبارها هنا[٤].

↑ ج ٢٨ / ٢٤٦

لكنّه مسلّم في العهديّة منها دون العقديّة؛ لعدم الفارق بينها وبين غيرها من العقود في ذلك، والقياس على ما خرج بالدليل من الفرق بينها وبين غيرها ممنوع عندنا.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى جواز ذلك في العقود الجائزة وإن قدر على العربيّة، كما صرّح به هنا في الدروس[٥].

ولكن فيه: أنّ دليل اعتبار العربيّة مشترك بين العقود جميعها؛ إذ هو انسياق العربي فيما اعتبر فيه اللفظ.

فتأمّل جيّداً، فإنّه قد يقال: إنّ الوصيّة حقيقة في عهد الميّت بعد

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥، مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٣.

(٣) الأولى التعبير بـ «وغيرهما».

(٤) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٠.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٥.

وفاته، بل لعلّ العقديّة المستفادة من نحو قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين...»[١] إلى آخر الآية ـ باعتبار ظهوره في التمليك الناشئ من الوصيّة ـ قسم من العهديّة، كما عساه يشعر به ذكرهم في إيجابها «أعطوا» و«افعلوا» ونحوهما، وقد عرفت عدم الإشكال في جواز الفارسيّة ونحوها في العهديّة، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

ثانيهما: أنّه قد يظهر من اعتبار العجز عن النطق في كفاية الإشارة الدالّة على المراد في كلام جماعة من الأصحاب[٢] ـ بل هو معقد نفي الخلاف في محكيّ التنقيح[٣]، بل لا كلام فيه كما عن إيضاح النافع[٤]، بل في الروضة القطع به[٥]، بل في الرياض: الإجماع عليه[٦]، بل لعلّه محصّل ـ أنّه لا تجزي الإشارة مع التمكّن من النطق، وهو منافٍ لما ذكرناه من كفاية الفعل في إجراء حكم الوصيّة وإن لم يتحقّق بذلك عقدها وأنّه كالمعاطاة في البيع.

لكن يمكن أن يكون ذلك منهم لإرادة ما ادّعوه من الإجماع

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥، والشهيد في اللمعة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦.

(٣) التنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦٤.

(٤) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٥٥.

(٥) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٨.

(٦) رياض المسائل: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٢٦٢.

ونفي الخلاف ونحو ذلك، لا لإرادة الاشتراط القاضي بعدم الجواز مع انتفاء ذلك.

أو لإرادة تحقّق العقد حينئذٍ وأنّه ليس من المعاطاة في حال العجز، بل تقوم الإشارة حينئذٍ مقام اللفظ من القادر؛ لما دلّ عليه في الأخرس... أو لغير ذلك.

وإلّا فلا دليل لهم يدلّ على ذلك، بل لعلّ الأدلّة بخلافه بعد صدق اسم الوصيّة عليه عرفاً، فتجري جميع أحكامها.

↑ ج ٢٨ / ٢٤٧

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام [١]: «ذكر أنّ أباه حدّثه عن أبيه [٢] أنّ أُمامة بنت أبي العاص بن الربيع وأُمّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت عليّ عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام، فخلف بعده وتزوّجها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن نوفل، ذكر أنّها توجّعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن والحسين ابنا عليّ عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان لها ـ والمغيرة كاره لما يقولان ـ: أعتقت فلاناً وأهله؟ فتشير برأسها: نعم، وكذا وكذا؟ فجعلت تشير برأسها: أن نعم، لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها» [٣].

---

(١) كذا في موضع من التهذيب، وفي الفقيه وموضع آخر من التهذيب: «يونس بن يعقوب عن أبي مريم ذكره عن أبيه...» وما نقله هنا خليط من الاثنين، انظر من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالكتب ح ٥٤٥٥ ج ٤ ص ١٩٨، وتهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٨ ج ٩ ص ٢٤١.

(٢) «عن أبيه» ليست في المصدر.

(٣) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق وأحكامه ح ١٦٩ ج ٨ ص ٢٥٨، ووسائل الشيعة: باب ٤٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٧٣، وباب ٤٤ من كتاب العتق ح ١ ج ٢٣ ص ٨٠.

وخبر عليّ بن جعفر عن أخيه عليه‌السلام ـ المروي عن قرب الاسناد ـ : «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة ، فجعل أهاليهما يسألانهما : أعتقت فلاناً وفلاناً؟ فيومئ برأسه أو تومئ برأسها في بعض : نعم ، وفي بعض : لا ، وفي الصدقة مثل ذلك ، أيجوز ذلك؟ قال : نعم ، هو جائز»[1].

مع أنّه لا صراحة فيهما بالوصيّة التمليكيّة ، لا دلالة فيهما على الاشتراط ، بل يمكن أن يكون الاكتفاء بذلك لجوازه في نفسه ، لا للعجز عن النطق .

ولعلّه لذلك كان ظاهر عبارة النافع الاكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق[2] ، وإن قال بعض مشايخنا : «إنّه لا موافق له ، ولا دليل عليه»[3] . ولكن فيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما عرفت .

وكذا الكلام في الكتابة ، فإنّه لا شكّ ـ كما عن جامع المقاصد الاعتراف به[4] ـ في الاكتفاء بها مع العجز عن النطق والقرينة الدالّة على إرادة الوصيّة منها ، بل عن التنقيح : أنّه لا خلاف فيه[5] ، بل عن الإيضاح : الإجماع على ذلك[6] .

---

(١) قرب الاسناد: ح ١١٢١ ص ٢٨٣، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٧٤.

(٢) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٦٣.

(٣) مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٥٧.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٠.

(٥) التنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦٤.

(٦) إيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٣.

وفي خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخلت على محمّد بن[١] الحنفيّة وقد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصيّة فلم يجب، فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيّته بيده في الرمل، ونسخت أنا في صحيفة»[٢].

وربّما ظهر من تقييد الاكتفاء بالعجز عدم الاكتفاء بها مع الاختيار، بل هو صريح المحكي عن الفاضل[٣] وولده[٤] والشهيدين[٥] والمحقّق الثاني[٦] والقطيفي[٧]، بل عن السرائر: نفي الخلاف فيه[٨].

↑ ج ٢٨ / ٢٤٨

نعم، عن التذكرة: احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار في أوّل كلامه[٩]، بل لعلّه الظاهر من النافع[١٠]، وفي الرياض: «أنّه لا يخلو من

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: عليّ.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالكتب ح ٥٤٥٤ ج ٤ ص ١٩٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٧ ج ٩ ص ٢٤١، وسائل الشيعة: باب ٤٨ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٧٢.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥، تحرير الأحكام: الوصايا / في الماهيّة ج ٣ ص ٣٣٠ ـ ٣٣١.

(٤) إيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٣.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٥، اللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦، الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٨ ـ ١٩.

(٦) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٠.

(٧) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٥٩.

(٨) السرائر: القضايا / باب سماع البيّنات ج ٢ ص ١٧٦.

(٩) تذكرة الفقهاء: الوصايا / أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٢ (الطبعة الحجرية).

(١٠) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٦٣.

قوّة مع قطعيّة دلالة القرينة»[١].

لكن يمكن أن يكون ذلك كلّه منهم في تحقيق العقد، لا أنّ المراد عدم إجراء حكم الوصيّة على ذلك مطلقاً؛ لما عرفت في الإشارة من صدقها عرفاً على ذلك ونحوه، فيشمله إطلاق أدلّتها، مضافاً إلى التأييد[٢] بكثير من النصوص الناهية عن أن يبيت الإنسان إلّا ووصيّته تحت رأسه[٣].

ومعقد نفي الخلاف في محكيّ السرائر غير ما نحن فيه، قال: «ولو أوصى بوصيّة وأدرج الكتاب وقال: قد أوصيت بما أوصيت في هذا الكتاب، ولست أختار أن يقف أحد على حالي وتركتي، وقد أشهدتكما عليَّ بما فيه، لم يصحّ بلا خلاف»[٤].

ولعلّ مراده عدم صحّة الشهادة عليه بذلك للإجمال، وإن كان قد يقوى في النظر خلافه أيضاً؛ ضرورة تناول أدلّة الإقرار لمثله، فيصحّ الشهادة عليه به وإن اعتبر فيها العلم، ولا إجمال بعد العموم في اللفظ، بل ينبغي القطع بالاكتفاء بها ـ أي الكتابة ـ في الإقرار أو ما في حكمه نحو الإشارة بالرأس واليد ممّا يفيد معنى «نعم» و«لا» مثلاً، بل لا يبعد ذلك لو أفادته على وجه الظهور فضلاً عن الصراحة.

والحاصل: أنّه يمكن حمل كلامهم السابق على ما عرفت، أو

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٢٦٤.

(٢) كما في رياض المسائل: (انظر الهامش السابق).

(٣) وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الوصايا ح ٥ و٧ ج ١٩ ص ٢٥٨.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

يكون المراد عدم الاكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصيّة، بمعنى: أنّه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبيّنة أو تقم القرائن على إرادته كالوصيّة بذلك، وعمل الورثة ببعض ما يجدونه مكتوباً ـ لأُمورٍ دلّتهم على صحّته ـ لا يلزمهم العمل بالجميع.

خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية: فألزمهم[١]؛ لرواية[٢] قاصرة سنداً ودلالةً.

ولو كتب وصيّةً وقال: «اشهدوا عليَّ بما في هذه الورقة» أو قال: «هذه وصيّتي فاشهدوا عليَّ بها» ففي القواعد[٣] والمحكي عن غيرها[٤]: «لم يجز حتّى يسمعوا منه ما فيه، أو يقرأ عليه فيقرّ به»، بل عن غير موضع من السرائر: الإجماع عليه[٥].

وفي المحكي عن الجامع: «إشهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب يدرج لا يصحّ إجماعاً»[٦].

لكنّ الإنصاف: أنّه إن لم يتمّ الإجماع المزبور كان للنظر فيه مجال؛ لما عرفت، ولأنّ المعروف القبول فيما لو قرأه الشاهد مع نفسه

---

(١) النهاية: الوصايا / باب الإقرار في المرض ج ٣ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٢) هي خبر إبراهيم الهمداني الآتي نقله قريباً.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥.

(٤) كتحرير الأحكام: الوصايا / في الماهيّة ج ٣ ص ٣٣١، والدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٦، والتنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦٣، والروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٩.

(٥) السرائر: الشهادات / كيفيّة الشهادة، والقضايا / سماع البيّنات ج ٢ ص ١٣١ و١٧٦.

(٦) الجامع للشرائع: والقضاء / كيفيّة الاستحلاف ص ٥٣٠.

فقال له الموصي: «قد عرفت ما فيه فاشهد عليَّ به»، وهما ـ عند التأمّل ـ متقاربان.

بل لا يبعد في النظر: الاكتفاء بالكتابة في الإقرار والوصيّة مع ظهور إرادة ذلك منها، فضلاً عن صورة العلم؛ ضرورة حجّيّة ظواهر الأفعال كالأقوال في الجملة، سيّما ما كان منها نحو شاهد الحال.

بل الكتابة أُخت الألفاظ، وهي المرتبة الثانية في الوضع للدلالة على ما في النفس، فتكون أولى من باقي الأفعال، بل يجري على مدلول النقوش منها من[1] الألفاظ ما يجري على اللفظ نفسه من الصراحة والظهور والإطلاق... ونحو ذلك.

ودعوى: عدم كفايتها وغيرها من الأفعال في الوصيّة ونحوها من العقود الجائزة عقداً أو معاطاةً.

واضحة الفساد؛ ضرورة الاكتفاء بها في البيع ونحوه ممّا هو أولى منها؛ للصدق العرفي المشترك بين الجميع. وعدم صدق اسم العقد ـ بعد التسليم ـ لا ينافي صدق اسم البيع والهبة والوصيّة... ونحوها، وهو المدار في إجراء الأحكام لا اسم العقد.

وفي خبر إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: «كتبت إليه: رجل كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد[2] ينفذون كلّ

---

(١) في بعض النسخ: في.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للتهذيب ـ بدل «له ولد»: ولده.

شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البرّ وغيره»[١]. وفيه إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه.

بل لو قلنا بعدم صدق اسم البيع ونحوه على المعاطاة ـ كما هو الأصحّ عندنا الآن ـ أمكن الفرق بين المقام وبين ذلك؛ ضرورة كون الوصيّة بمعنى العهد، بل يمكن تكلّف اندراج العقديّة منها فيه، ولا ريب في صدقها بمعناه على الحاصل بالفعل ـ سيّما الإشارة والكتابة ونحوهما ـ وإن لم يكن من الوصيّة العقديّة، وعنوان أكثر الأحكام على الوصيّة بمعنى العهد لا العقد، فلا ينبغي التوقّف في جريان الأحكام على ذلك، فإنّه داخل تحت النهي عن التبديل[٢]، بخلاف البيع ونحوه ممّا هو معنى واحد، فلا يصدق على المعاطاة، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ينتقل بها﴾ أي الوصيّة ﴿الملك إلى﴾ ملك ﴿الموصى له بموت الموصي وقبول الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول﴾ ولو متزلزلاً، كالعكس ﴿على الأظهر﴾ الأشهر بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً[٣]، بل هي كذلك

↑ ج ٢٨ / ٢٥٠

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٩ ج ٩ ص ٢٤٢، وسائل الشيعة: باب ٤٨ من كتاب الوصايا ح ٢ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٣) ممّن صرّح بذلك: ابن إدريس في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٢، والعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٧، والكركي في جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١١، والشهيد الثاني في الروضة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٢.

على الظاهر، وإن حكي الخلاف عن ظاهر أبي علي[١]، بل قيل: «إنّه خيرة الخلاف والتذكرة وموضع من المبسوط»[٢]، بل لا ترجيح في جملة من كتب الأصحاب[٣]، وهو يقضي بقوّته.

لكن في محكيّ السرائر: «أنّه ليس لأصحابنا فتوى بذلك، ولا وردت به أخبار عن الأئمّة الأطهار (صلوات الله عليهم)»[٤]، وفي جامع المقاصد: أنّه ترك العلّامة في القواعد حكايته لضعفه[٥].

قلت: ولعلّه لأنّه مخالف للأصل بل الأُصول، وللمعهود من عدم الملك القهري في التمليكات، ولسائر العقود... ولغير ذلك.

لكنّ الإنصاف: أنّه لولا دعوى الإجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوّة؛ ضرورة ظهور أدلّة الوصيّة في ملك الموصى به بمجرّد الموت ـ كما اعترف به القائل بالكشف ـ من غير اعتبار القبول، خصوصاً ما دلّ[٦] على الانتقال إلى الوارث منها إذا مات الموصى له.

ولعلّه لذا كان خيرة بعض متأخّري المتأخّرين: عدم الحاجة إلى

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

(٢) مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(٣) كالمبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٢٨. وإيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٥ ـ ٤٧٦، والدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٧، والتنقيح الرائع: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٤) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٢.

(٥) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٥.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٠ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٣.

القبول في اللزوم أيضاً ، فضلاً عن الملك [١] .

إلّا أنّه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ، فضلاً عن حكـايته ، واستبعاد حصول الملك قهراً في التمليك ـ بعد ظهور الدليل فيه ـ لا وجه له ، خصوصاً بعد أن لا يكون لازماً عليه ، وله إزالته عنه بردّ الوصيّة كما هو مقتضى كلام القائل ؛ لأنّ القبول عنده شرط في اللزوم .

والإجماع على اعتبار القبول المسلّم منه : كون الوصيّة عقداً يعتبر فيها الإيجاب والقبول ، ولم يعلم مدخليّة الثاني فيها في الملك أو فـي لزومه ، ومخالفته لباقي العقود على التقدير الثاني لا بأس بها بعد قضاء الدليل ، مع أنّه بعينه وارد على المشهور من أنّ القبول كاشف .

نعم ، قد يقال : بظهور كلامهم في اعتباره في أصل الملك ، بل هـو كصريح معقد المحكي من إجماع الغنية عـلى اعـتبارهما فـي صـحّة الوصيّة [٢] ، الذي مقتضاه فساد الوصيّة بدون القبول ، لا عدم اللزوم .

مع أنّه يمكن أن يكون نظرهم في ذلك إلى ردّ الوصيّة ، لا مـطلق عدم القبول الصادق على حال التجريد منه ومن القبول ولو لعدم العلم بالوصيّة ، فلا ينافي ذلك حينئذٍ شرطيّته بالنسبة إلى ذلك ؛ ضرورة فساد الوصيّة حينئذٍ عند القائل بالردّ ، إنّما يرد ذلك على القائل بالملك اللازم من دون قبول ، وهو مجهول القائل المعتدّ به .

والمناقشة في أصل دليل هذا القول : بمنع ظهور إطلاق أدلّة الوصيّة

---

(١) الحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصيّة ج ٢٢ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥.

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

ج ٢٨ / ٢٥١

في الملك بمجرّدها خصوصاً بعد أن لم تكن إطلاقات معتدّاً بها ، ولا هي مساقة لبيان ذلك ، بل لعلّها منزّلة على ما هو الغالب من تحقّق القبول في مثلها ؛ لندرة ردّ ما يتبرّع بإعطائه .

تُبطل ما هو المشهور عندهم من أنّ القبول كاشف[1] ؛ ضرورة كون ذلك عمدة أدلّته التي خرجوا بها عن أصالة مساواة هذا العقد لباقي العقود ، دون ما ذكروه له من الوجوه الاعتباريّة التي منها : أنّ ظاهر قوله تعالى : «من بعد وصيّة يوصي بها أو دين»[2] عدم انتقال التركة معها إلى الوارث ، والميّت غير قابل للملك ، والإجماع على عدم ملك الأجنبي ، فليس حينئذٍ إلّا ملك الموصى له ، وإلّا بقي المال بلا مالك ، ولمّا قام الإجماع وغيره من الأدلّة على اشتراط القبول التجأنا إلى أنّه كاشف ؛ جمعاً بين الأدلّة .

وهو ـ كما ترى ـ فيه نظر من وجوه :

منها: أنّ مقتضاه ملك الديّان أيضاً ما قابل الدين من التركة ، وقد عرفت في باب الحجر[3] ظهور فساده .

ومنها: أنّه مبنيّ على عدم قابليّة استدامة ملك الميّت ، وهو ممنوع

---

(١) انظر قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٥ ـ ٤٤٦، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦، وجامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ٢٧، وكفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٨.

(٢) سورة النساء: الآية ١١.

(٣) في ج ٢٧ ص ١٦٤...

أيضاً؛ ضرورة بقاء ملكه على ثلثه الذي أوصى بصرفه عليه في عبادة ونحوها.

ومنها: أنّ البحث في اشتراط القبول في الملك، فكيف يكون ما هو محلّ للنزاع من مقدّمات الاستدلال؟!

ومن هنا يقوى القول بكون القبول جزءً ناقلاً كغيرها من العقود، كما هو خيرة جماعة[1] وظاهر آخرين[2].

لكن ومع ذلك فالقول بالكشف هو الأقوى؛ لأنّ الموصي بإنشاء وصيّته قصد التمليك بالموت، والقبول إنّما يتعلّق بما أوجبه الموجب على الكيفيّة التي أوجبها، فمع فرض تأخّره ـ لعدم اعتبار اتّصاله بالإيجاب ولا بالموت ـ يراد منه قبول المراد بالإيجاب الذي هو الملك بالموت كما عرفت، وهو معنى الكشف، فيكون دليله جميع ما دلّ على مشروعيّة هذا الفرد من الوصيّة التي لا وجه لقبولها إذا تأخّر إلّا الكشف.

وبذلك افترقت عن باقي العقود التي يراد بإيجابها معناه عند القبول؛ حتّى العقد الذي لم يعتبر فيه اتّصال القبول بالإيجاب كالوكالة، فضلاً عمّا اعتبر فيه ذلك كالبيع ونحوه.

---

(١) كالشيخ في الخلاف: الوصايا / مسألة ١٨ ج ٤ ص ١٤٦ ـ ١٤٧، وابن إدريس في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٢.

(٢) كأبي علي على ما نقله عنه في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠، والعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٧.

↑ ج ٢٨ / ٢٥٢

وقد ظهر بذلك أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة :

أحدها: أنّ القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود .

والثاني :كونه شرطاً في الملك كاشفاً .

والثالث :كونه شرطاً في اللزوم .

وقد يحتمل : عدم مدخليّته أصلاً في ملك ولا لزوم ، وإنّما الردّ مانع .

بل قد يحتمل : عدم مانعيّة الردّ أيضاً .

إلّا أنّ كلام الأصحاب كأنّه متّفق على خلاف الأخيرين ، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم ، وأنّ المعتدّ به القولان الأوّلان ، كما أنّ المشهور منهما الثاني الذي قد عرفت كونه أقواهما .

ومنه يعلم عدم كون الوصيّة من العقود المتعارفة ، بل قد سمعت ما يصلح دليلاً لكلّ من الأقوال ، وإن أطنب في ذلك بعض المتأخّرين[1] لكن على وجهٍ غير مهذّب ولا منقّح ، ومشتمل على حشو كثير وما لا فائدة يعتدّ به .

كالإطناب في الفروع المتفرّعة على القول بالنقل والكشف ، حتّى عقد لذلك في التذكرة[2] بحثاً مستقلّاً ؛ ضرورة عدم خفائها ـ بأدنى التفات ـ على المتنبّه الذي قد أحاط بما تقدّم لنا في الفضولي الذي قد سمعت البحث فيه عن الإجازة بالنسبة إلى النقل والكشف ، والفروع

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١١٧ فما بعدها.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٥ (الطبعة الحجرية).

المتفرّعة على ذلك.

بل قد عرفت هناك المراد من الكشف على وجهٍ لا ينافي شرطيّة الرضا في الملك، لا أنّه شرط للعلم بحصول الملك، وكذا الكلام هنا، وإن كان هو ظاهر الكركي بل صريحه.

لكنّه ضعيف منافٍ لما دلّ ـ من الإجماع وغيره ـ على اعتبار القبول في الملك لو جعل الكشف فيه على معنى كونه شرطاً لعلمنا بانتقال المال إلى الموصى له، بل يرد عليه كثير ممّا ورد على القول بعدم اعتبار القبول في الملك، كما هو واضح بأدنى تأمّل، والله هو العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿لو قبل﴾ الموصى له ﴿قبل الوفاة﴾ أي وفاة الموصي ﴿جاز﴾ وفاقاً للمشهور[1]؛ لصدق اسم الوصيّة والعقد معه، فيندرج تحت أدلّتهما، وبه يستدلّ على نفي احتمال اشتراط الوفاة في صحّته، كما أنّه بذلك يخرج عن أصالة عدم النقل وأصل بقاء المال وغيرهما من الأُصول.

﴿و﴾ كون متعلّق الإيجاب الملك بعد الموت لا ينافي قبوله على هذا الوجه؛ ضرورة كون القبول كالإيجاب في صحّة التعلّق حال الحياة، فهما حينئذٍ متطابقان.

نعم، هو ﴿بعد الوفاة آكد وإن تأخّر القبول عن الوفاة ما لم يردّ﴾ بعدها.

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصيّة ج ٢٢ ص ٣٩٠.

خلافاً لجماعة ـ منهم الفاضل [١] والكركي [٢] ـ : لا يجوز، بل قيل [٣] : إنّه المشهور، وإن كنّا لم نتحقّقه.

لعدم المحلّ له بعد أن كان القصد الملك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيّة، وكما لو باعه ما سيملكه.

↑ ج ٢٨ / ٢٥٣

ولأنّ القبول كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفيان هنا؛ لمعلوميّة اشتراط الملك بالموت.

ولأنّ ما قبل الوفاة إن كان قابلاً للقبول فليكن قابلاً للردّ أيضاً، كما بعد الوفاة، والمشهور أنّه لا حكم للردّ قبل الوفاة كما ستعرف، فالقبول كذلك أيضاً.

ولأنّ القبول لو كان مقبولاً حال الحياة لم يعتبر قبول الوارث ولا ردّه لو مات الموصى له قبل موت الموصي وقد قبل، وهو باطل؛ لأنّ إطلاق الأخبار يقتضي عدم الفرق بين تقدّم قبول الموصى له وعدمه، فيكون قبول الوارث وردّه معتبراً.

ولما ستعرفه في شرح قوله: «فإن ردّ...» إلى آخره.

والجميع كما ترى؛ ضرورة منع عدم المحلّ له بعد أن كان المقصود بالقبول الرضا بالمراد من الإيجاب كيفما كان، فلا يتصوّر اختصاص

---

(١) انظر قواعد الأحكام: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٤، ومختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٣٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٠ ـ ١١، صيغ العقود (آثار الكركي): في الوصيّة ج ٥ ص ٧٠.

(٣) كما في الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٤.

الإيجاب في زمان دون القبول.

ودعوى كونه كالقبول قبل الوصيّة الذي لم يتحقّق فيه إيجاب أصلاً، وكما لو باعه ما سيملكه ـ الذي يكون الإيجاب فيه باطلاً ـ واضحة الفساد.

كوضوح فساد الثاني؛ لأنّ الكشف والنقل إنّما هو في القبول بعد الوفاة؛ لانحصار مقتضي الملك حينئذٍ فيه، بخلاف حال الحياة التي لا إشكال ـ كما لا خلاف [1] ـ في توقّف الملك معه على الوفاة التي قصد الموصي التمليك بعدها.

وعدم الحكم للردّ ـ بعد تسليمه ـ لأصالة بقاء حكم الإيجاب، وصلاحيّة الزمان للقبول لا تستلزم صلاحيّته للردّ، وقبوله بعد الموت ليس لقبول القبول فيه، بل للإجماع ونحوه ممّا هو مفقود في الفرض، بل هو مظنّة العكس.

وقبول الوارث إنّما يكون معتبراً إذا مات الموصى له قبل القبول، كما أنّ ردّه معتبر إذا كان للموصى له الردّ، أمّا لو فرض عدم الردّ له لم يكن للوارث ذلك أيضاً، كما لو مات بعد القبول والوفاة.

وليس في النصوص ما يدلّ على اعتبار قبول الوارث كي يتمسّك بإطلاقه الشامل لقبول الموصى له وعدمه، كما لا يخفى على من لاحظها، هذا.

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١١٧، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصيّة ج ٢٢ ص ٣٩٢.

وقد أشار المصنّف بقوله: «وإن تأخّر...» إلى آخره إلى عدم اعتبار اتّصال القبول بالوفاة لو وقع بعدها، سواء قلنا باشتراط صحّته بذلك أو لا؛ لإطلاق الأدلّة الشامل لذلك قطعاً، ضرورة ندرة اتّفاق حصول ذلك، بل تعذّره فيما لو كان الموصى له غائباً مثلاً.

فلا ريب ولا خلاف[1] يعتدّ به في عدم اعتبار اتّصال قبولها بالوفاة، فضلاً عن عدم اعتبار اتّصاله بالإيجاب الذي هو معتبر في غيرها من العقود.

ج ٢٨ / ٢٥٤

بل الظاهر عدم تسلّط الحاكم على جبره على القبول وعدمه ما لم يستلزم ذلك ضرراً وخصومةً وتلفاً للمال باعتبار حاجته إلى النفقة[2] وغيرها، وإلّا كان له إلزامه في وجهٍ قويّ، بل لو تعذّر إجباره أمكن تولّي الحاكم ذلك، فتأمّل.

ثمّ إنّ الظاهر جريان البحث المزبور في إجازة المنجّز[3] بناءً على اعتبار إجازة الوارث في الزائد على الثلث، فتأمّل، هذا.

ولمّا كان قول المصنّف: «ما لم يردّ» موهماً لخلاف الواقع فصّله بقوله: ﴿فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته؛ إذ لا حكم لذلك الردّ﴾ وفاقاً للمشهور[4].

بل وجهه واضح بناءً على أنّ القبول معتبر بعد الوفاة خاصّة؛

(١) نفى الخلاف في مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٣١ ـ ٣٢.

(٢) في بعض النسخ: باعتبار الاحتياج إليه للنفقة.

(٣) في بعض النسخ: التنجيز.

(٤) كما في الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٦.

ضرورة كون الوجه فيه : أنّ ذلك الوقت محلّ القبول والردّ باعتبار التعليق في الإيجاب عليه ؛ إذ هو يقتضي عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلّق عليه ، كتعليق الحجّ على الاستطاعة ، ونحو قول السيّد : «اضرب زيداً إن جاء عمرو» و«صلّ الظهر إذا زالت الشمس» . . . ونحو ذلك ممّا لا أمر فيه قبل تحقّق المعلّق عليه ، فكذا هنا لا إنشاء تمليك حقيقةً إلّا بعد الوفاة .

وصدور العبارة من الموصي حال الحياة للإعلام بإرادة ذلك عند المعلّق عليه ، وللاكتفاء بها عن تجديد الأمر والإنشاء عنده ، ولعلّه لذا اعتبر في القبول كونه بعد الوفاة كالردّ ؛ ضرورة عدم حصول متعلّقهما قبلها .

وإن كان منع ذلك كلّه واضحاً ؛ لمعلوميّة تحقّق الإنشاء بصدور الإيجاب ، والتعليق إنّما هو لحصول الأثر لا للإنشاء المقتضي لذلك ، والأوامر المعلّقة يتحقّق معنى الأمر فيها بصدورها ، ولذا يتحقّق وصف المطيع والعاصي بالعزم على امتثالها وعدمه قبل حصول المعلّق عليه .

بل لعلّ التأمّل يشرف الفقيه على القطع بعدم إرادة تعليق معنى الأمريّة فيها ؛ على معنى : أن يكون مأموراً عند حصول المعلّق عليه ، مع أنّه لم يتجدّد أمر غير ذلك ، فيرجع إلى صيرورته مأموراً بلا أمر ، وهو معلوم الفساد .

ومن هنا اتّجه صحّة القبول قبل حصول المعلّق عليه ؛ لتحقّق المعنى الإنشائي القابل للقبول .

ولا يستلزم ذلك قبول الردّ؛ لعدم الدليل على بطلان حكم الإنشاء بقول: «لم أقبله» ـ مثلاً ـ في مثل المقام، بل وفي غيره؛ حتّى العقود اللازمة إذا كان قد وقع على وجهٍ لم يقدح باتّصال قبولها به. اللّهمّ إلّا أن يكون إجماعاً فيقتصر عليه، كالاقتصار هنا ـ له أيضاً ـ على تأثيره بعد الموت دون الحياة. ومن ذلك بان الوجه في عدم اعتباره على التقديرين.

ج ٢٨ / ٢٥٥

لكن ومع ذلك فالإنصاف يقتضي: عدم الفرق بينه وبين القبول بالنسبة إلى تحقّق المعنى القابل[1] لتعلّقهما به، ولعلّ شهرة الأصحاب هنا غير معتدّ بها بعد أن علم أنّ المدرك فيها عدم حصول ما يقبل الردّ؛ لتعليق الأثر على الموت الذي قد فرض عدم تحقّقه، فيكون كالطلاق قبل النكاح الذي صحّحه أبو حنيفة[2]؛ لما عرفت من بطلانه بتحقّق المعنى القابل للقبول والردّ هنا.

ويمكن أن لا يكون مدركهم ذلك وإن ذكره بعض المتأخّرين[3] لهم؛ ولذا كان خيرة المصنّف جواز القبول حال الحياة وعدم الحكم للردّ فيها، ولعلّه لما أشرنا إليه من عدم دليل يصلح لقطع استصحاب صحّة الإيجاب بذلك، لا لما ذكروه.

---

(١) في بعض النسخ: المقابل.

(٢) اللباب: ج ٣ ص ٤٦، حلية العلماء: ج ٧ ص ٨، المحلّى: ج ١٠ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٣) كالكركي في جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٠ ـ ١١، والشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٢٧.

بقي شيء في المقام: وهو أنّه ربّما استفيد من إطلاق المصنّف وغيره[١] عدم الفرق في ذلك بين سبقه بالقبول وعدمه، ولكن يشكل ذلك: بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصيّة عقداً جائزاً من الطرفين، ومقتضاه تسلّط الموصى له على فسخه حينئذٍ، ولا ريب في اقتضائه بطلان العقد؛ إذ هو معنى الفسخ، كما أنّ معنى الردّ والفسخ واحد، واحتمال التزام عدم الحكم لهذا الفسخ يقتضي مخالفتها للعقود الجائزة بالنسبة إلى ذلك.

ويمكن حمل كلامهم على ردّ الإيجاب خاصّة الذي لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز.

ودعوى: أنّه إذا كان له الفسخ بعد تمام العقد فللإيجاب خاصّة أولى، يمكن منعها بعد بطلان القياس عندنا.

وكذا دعوى: تنزيل جواز الفسخ ـ الذي له بعد تمام العقد ـ على إبطال القبول خاصّة، فيحتاج إلى تجديد القبول خاصّة، بل قد عرفت أنّ ذلك مخالف للفسخ في العقود، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم.

وتحريرها: ما ذكرناه غير مرّة من أنّ الوصيّة ليست من العقود، وإن كانت هي جائزة بمعنى أنّ للموصي الرجوع وللموصى له عدم القبول، أمّا إذا قبل فلا ردّ له حتّى في حال الحياة، فضلاً عمّا بعد الوفاة.

↑ ج ٢٨ / ٢٥٦

---

(١) كالشهيد في اللمعة: الوصايا / الفصل الأول ص ١٧٦.

نعم، لو لم يقبل ـ بل لو ردّ ـ كان له القبول بعد ذلك حال الحياة، بخلافه بعد الموت.

ولعلّ الفرق بينهما: أنّ ما بعد الموت هو محلّ القبول والردّ باعتبار أنّ التمليك في الوصيّة حينه بخلافه حال الحياة. على أنّه لو لم يقبل الردّ بعد الموت ترتّب الضرر؛ لعدم أمد له ينتظر. مضافاً إلى ما عرفت من كون القبول بعد الموت كاشفاً، فالردّ والقبول فيه نحو إجازة الفضولي، بخلافه حال الحياة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿إن ردّ بعد الموت وقبل القبول بطلت﴾ على وجهٍ لا ينفعه تجديد القبول، بلا خلاف[1]، بل الإجماع بقسميه عليه[2]، وهو الحجّة في انقطاع الأصل المزبور.

إنّما الكلام فيما ذكره المصنّف وغيره[3] بقوله: ﴿وكذا﴾ تبطل الوصيّة ﴿لو ردّ بعد القبض وقبل القبول﴾ مع أنّك قد عرفت سابقاً تحقّق القبول بالفعل والقول، فالقبض ـ بعنوان أنّه موصى له ـ قبول، فلا يؤثّر الردّ حينئذٍ بعده. بل لا وجه لفرضه قبل القبول؛ ضرورة

---

(١) كما في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٢. وجامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٣.

(٢) ينظر تحرير الأحكام: الوصايا / في الماهيّة ج ٣ ص ٣٣٢، وإيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٢، والروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٦، وظاهر غاية المراد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٦٢، وكفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٩.

(٣) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٤، والشهيد في اللمعة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦.

تحقّقه بذلك .

اللّهمّ إلّا أن يحمل كلامهم على القبض الذي لا يكون قبولاً ولو لغفلة عن الوصيّة أو جهل بها . . . أو غير ذلك . وإن كان هو منافياً لإطلاقهم ولما تسمعه ممّا ذكروه متّصلاً بذلك من أحكام القبض ، نحو قول المصنّف :

﴿ولو ردّ بعد الموت والقبول وقبل القبض، قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه[1] وابن سعيد في المحكي عن جامعه[2]: ﴿تبطل﴾ استصحاباً لجوازها قبله ، ولكونها أضعف من الهبة والوقف اللذين يعتبر فيهما ذلك .

﴿وقيل: لا تبطل، وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ، وأشهر بين الطائفة ، بل هو المشهور ، بل كاد أن يكون إجماعاً[3]. كما أنّ النصوص كادت تكون متواترة في عدم اعتباره ؛ ولذا تضمّنت انتقاله إلى وارثه إذا كان قد مات الموصى له قبله[4]، مضافاً إلى إطلاق أدلّة الوصيّة .

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

(٢) الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٩ (ظاهره ذلك).

(٣) ممّن اختاره: العلّامة في الإرشاد: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٧، والشهيد في اللمعة: الوصايا / الفصل الأوّل ص ١٧٦، والمقداد في التنقيح: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٢ ص ٣٦٢، والكركي في جامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٣ ـ ١٤، والسبزواري في الكفاية: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٩.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٠ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٣.

وبذلك كلّه ينقطع استصحاب الجواز بعد تسليم جريانه.

والثاني[١] ـ مع وضوح فساده بعد بطلان القياس ـ مقتضاه كون القبض شرطاً في الصحّة، وهو خلاف ما حكي عن المبسوط: من كونه شرطاً في اللزوم[٢]، كما أومأ إليه المصنّف بقوله: ﴿أمّا لو قبل وقبض ثمّ ردّ لم تبطل إجماعاً؛ لتحقّق الملك واستقراره﴾ نعم ربّما احتمل بعضهم ذلك[٣]، لكنّ الأمر في ذلك سهل؛ إذ على كلّ حال لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت.

↑ ج ٢٨ / ٢٥٧

﴿ولو ردّ﴾ الموصى له ﴿بعضاً﴾ ممّا أُوصي به له ﴿وقبل بعضاً صحّ فيما قبِله﴾ خاصّة، وكذا لو رجع الموصي ببعض دون بعض؛ لإطلاق أدلّة الوصيّة وإنفاذها الشامل للفرض.

لا لعدم اعتبار المطابقة بين إيجابها وقبولها باعتبار كونها من التبرّعات المحضة، بخلاف عقود المعاوضة؛ ولذا لم يجز للقابل فيها الاقتصار على بعض ما ذكره الموجب ولو بما يخصّه من الثمن.

بل لما عرفت وتعرف؛ ضرورة اعتبارها في جميع العقود من غير فرق بين الجميع، لاتّحاد المدرك فيها، إلّا أنّه في المقام لم يصدر من الموجب غير تعلّق قصد الإيصاء بكلّ منهما من غير مدخليّة

---

(١) أي الدليل الثاني للخصم، وهو قوله: «ولكونها أضعف...» إلخ.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٦، مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٢٦.

لاجتماعهما وانفرادهما، بخلافه في عقد المعاوضة الظاهر ـ بسبب الجمع بالعوض ـ في أنّ القصد قد حصل عليهما من حيث الاجتماع وإن لم يكن ذلك على جهة الشرطيّة.

ومن هنا لو فرض تشخيص الثمن لكلّ منهما ـ كما لو قال: «بعتك العبد بمائة والجارية بخمسين» فقبل أحدهما بثمنه ـ لم يبعد الصحّة؛ لحصول المطابقة بالنسبة إلى ما قبله، وعدم قبول الثاني ليس من المخالفة بين الإيجاب والقبول الممتنعة.

وإن كان الإنصاف: عدم خلوّه من الإشكال، بل قد يقوى عدم حصول المطابقة إلّا مع تعدّد إنشاء للإيجاب.

نعم[1]، يقوى في الوصيّة عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة؛ لتحقّق[2] اسم العقد ـ الذي هو الإيجاب وقبول ذلك الإيجاب ـ بها.

ومن ذلك يظهر الإشكال هنا في صحّة جزء معيّن من الموصى به باسم كلّه، كما لو قال الموصي: «بساطي ـ مثلاً ـ لزيد» فقال الموصى له: «قبلت هذا الجزء المعيّن منه» فإنّه لا مطابقة بين الإيجاب والقبول حينئذٍ، بل لا إيجاب بهذا الجزء إلّا ضمناً، وفي الاكتفاء به نظر وإن قلنا: إنّها ليست من العقود، بل في الاجتزاء به في الإذن ونحوها منع.

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة «قد».

(٢) في بعض النسخ: ليتحقّق.

أمّا لو قبل جزءً مشاعاً منه مقدّراً بالثلث أو الربع منه مثلاً، فهو أقرب إلى الصحّة منه، كما يشهد له صحّة الوصيّة بالثلث لو أوصى بأزيد منه فقبل الموصى له ولم يجز الوارث الزائد، وإن كان قد يفرّق: بأنّ الموصى له قد طابق قبوله الإيجاب، لكن لم يسلم له باعتبار عدم إجازة الوارث، نحو ما لو باع ماله ومال غيره فقبل المشتري ولم يجز الغير، فإنّه يصحّ في الأوّل دون الثاني.

ج ٢٨ / ٢٥٨

إنّما الكلام: فيما لو جعل متعلّق القبول البعض أوّلاً وبالذات، وكلام الأصحاب هنا وإن كان مطلقاً لكن يمكن حمله على إرادة البعض المستقلّ، كما لو قال: «عبدي وداري لزيد» فقال الموصى له: «قبلت العبد».

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة محتاجة إليه؛ ضرورة عدم المطابقة فيه لو قلنا بكون الوصيّة من العقود، فإنّ القبول المزبور لم يكن له إيجاب؛ لأنّ الإيجاب الذي صدر من الموجب متّحد وإن تعدّد متعلّقه، لا أنّه إيجابان وإنشاءان، والفصل[1] لا يصيّره كذلك، فلو وقع في مثل الهبة ونحوها من العقود ـ ولو التبرّعيّة ـ لم يكف؛ إذ لم تحصل المطابقة.

نعم، قد عرفت غير مرّة أنّ الوصيّة ليست من العقود المعتبر فيها ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو مات﴾ الموصى له ﴿قبل القبول قام

---

(١) في بعض النسخ: والعطف.

وارثه مقامه في قبول الوصيّة﴾ وردّها ، سواء كان في حياة الموصي أو بعد وفاته ، على المشهور بين الأصحاب نقلاً[١] وتحصيلاً[٢] ، بل عن كشف الرموز : «أنّه هو الذي انعقد عليه العمل»[٣] .

بل لا خلاف محقّق أجده فيه في الثاني وإن حكي[٤] ، بل وفي الأوّل وإن حكي عن أبي علي : البطلان فيه أو مطلقاً[٥] ، وربّما مال إليه بعض المتأخّرين[٦] .

لكنّه في غير محلّه :

لأصالة بقائها للموصى له ، فتكون حقّاً من حقوقه ، فينتقل إلى وارثه كحقّ الخيار والشفعة وغيرهما ، خصوصاً بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره في غيرها كما عرفته سابقاً ، بل هي مع قبول الوارث تندرج في إطلاق أدلّة الوصيّة وما دلّ على إنفاذها

(١) كما في غاية المراد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٩، والمهذّب البارع: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ١١٣.

(٢) ينظر المقنعة: الوصيّة / باب الموصى له بشيء يموت ص ٦٧٧، والوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٥، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٧، وتبصرة المتعلّمين: الهبات / في الوصايا ص ١٢٧، وإيضاح الفوائد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٩٧.

(٣) كشف الرموز: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٧٧.

(٤) يستفاد وجود الخلاف من الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٧، وجامع المقاصد: الوصايا / في أركانها ج ١٠ ص ١٥، والروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ١٧.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨.

(٦) كالعلّامة في المختلف: (انظر الهامش السابق)، والشهيد في غاية المراد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٧٨.

وعدم جواز تبديلها وتغييرها[١].

ولما رواه المحمّدون الثلاثة[٢] بطريق صحيح وحسن كالصحيح عن محمّد بن قيس ـ الثقة على الظاهر ؛ بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه ، وكونه الراوي لقضايا أمير المؤمنين عليه‌السلام ـ عن أبي جعفر عليه‌السلام التي هذه منها ، قال : «قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب ، فتوفّي الموصى له قبل الموصي؟ قال : الوصيّة لوارث الذي أوصى له ، قال : ومن أوصى لأحد ـ شاهداً كان أو غائباً ـ فتوفّي الموصى له قبل الموصي فالوصيّة لوارث الذي أوصى له ، إلّا أن يرجع في وصيّته قبل موته»[٣].

ج ٢٨ / ٢٥٩

على أنّه معتضد : بخبر الساباطي[٤] قال : «سألت أبا جعفر عليه‌السلام : عن رجل أوصى إليّ وأمرني أن أُعطي عمّاً له في كلّ سنة شيئاً ، فمات العمّ؟ فكتب : أعط ورثته»[٥].

وبالصحيح عن مثنّى قال : «سألته عن رجل أُوصي له بوصيّة ،

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

(٢) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بوصيّة فمات ح ١ ج ٧ ص ١٣، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الموصى له يموت ح ٥٤٨٩ ج ٤ ص ٢١٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٩ الموصى له بشيء ح ١ ج٩ ص ٢٣٠.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣٠ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٣٣.

(٤) في الوسائل بدل «الساباطي»: الباهلي.

(٥) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بوصيّة فمات ح ٢ ج ٧ ص ١٣، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٩ الموصى له بشيء ح ٢ ج ٩ ص ٢٣١، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٣٤.

فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له وليّاً؟ قال: اجهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجده وعلم الله فيك الجهد فتصدّق بها»[١].

وبما عرفت.

وهو وإن كان في الأوّل لكن قد عرفت أنّه محلّ الخلاف كما يقضي به التتبّع، وإن حكي[٢] عن بعضهم البطلان مطلقاً، لكنّه غير متحقّق.

كما أنّ القول بالتفصيل[٣] ـ أي البطلان في الأوّل دون الثاني ـ واضح الفساد، بعد النصّ الجامع لشرائط العمل.

الذي منه يعلم أيضاً أنّه لا وجه للتفصيل[٤] بين من يعلم كون غرضه خصوص الموصى له فتبطل حينئذٍ مطلقاً، وبين من لم يعلم غرضه فتصحّ وتنتقل إلى الوارث، بل ربّما ظهر من بعضهم خروج القسم الأوّل عن الخلاف[٥].

لكن فيه: أنّه إن لم يكن ذلك على جهة الشرطيّة أو ما في معناها لا وجه للبطلان أيضاً.

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الموصى له يموت ح ٥٤٩٠ ج ٤ ص ٢١١، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٢ (مع ذيله).

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٢٩، وكفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٣٩.

(٣) نكت النهاية (ضمن النهاية): الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٦٥ ـ ١٦٧.

(٤) اختاره الشهيد الأوّل في الدروس: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٧، والشهيد الثاني في موضع من المسالك: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٧.

(٥) مفتاح الكرامة: الوصايا / في أركانها ج ٢٣ ص ٤٦.

كالتفصيل[١] بين علم الموصي وظهور أمارات البقاء فكالمشهور، وبين عدم علمه أو ظهور كون المقصود خصوص الموصى له فالبطلان، وإن تجرّد عن جميع القرائن فالتوقّف.

إذ كلّ ذلك اجتهاد في مقابلة النصّ، أو تهجّس بلا داعٍ، سوى: الأصل المقطوع بما عرفت.

والصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى له أحد، فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: ليس بشيء»[٢] الذي مثله موثّق منصور بن حازم عنه [عليه السلام] أيضاً[٣].

القاصرين عن معارضة ما عرفت من وجوه:

منها: الاعتضاد بالشهرة العظيمة القريبة من الإجماع المخالفة للمشهور بين العامّة[٤]، ومنه ينقدح حملهما على التقيّة، دون العكس الذي لم ينقل إلّا عن الحسن البصري[٥]، والتقيّة فيه ـ مع بُعدها ـ لا تتأتّى فيما روي عن الصادقين عليهما السلام ومن بعدهما؛ لتأخّر زمانهم عنه، بل قد يشهد لذلك العدول في الجواب إلى ما هو غير واضح الدلالة؛ إذ من المحتمل كون المراد عدم كون الموت شيئاً ينقض

↑ ج ٢٨ / ٢٦٠

---

(١) اختاره في إيضاح النافع على ما نقله في مفتاح الكرامة: (انظر الهامش السابق).

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٩ الموصى له بشيء ح ٤ ج ٩ ص ٢٣١، الاستبصار: الوصايا / باب ٨٥ الموصى له يموت ح ٤ ج ٤ ص ١٣٨، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٣٥.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٥، و«الاستبصار»: ح ٥، و«الوسائل»: ح ٥.

(٤ و٥) المجموع: ج ١٥ ص ٤٣٤.

الوصيّة، بل قيل: «إنّه أنسب بأُسلوب الكلام وتذكير الضمير المستتر في الفعل»[١]، ولعدم التنافي بين الروايات وتنزيلها أيضاً على ما إذا نقض الموصي الوصيّة بعد موت الموصى له، وكون المراد الوصاية لا الوصيّة التمليكيّة... وغير ذلك ممّا يظهر منه أنّ المقام مقام ترجيح وطرح، لا مقام جمع؛ لانتفاء التعادل الذي هو شرط فيه، على أنّه لو سلّم فهو يقتضي التأويل في المحتمل دون النصّ الذي لا يقبل التأويل، كما هو واضح.

وسوى أنّ وارث الموصى له إنّما يرث ما كان له، والمال قبل قبوله للموصي الذي لم يصدر منه إلّا عطيّة للموصى له، فكيف يرث وارثه مال شخص آخر؟! وكيف يقبله له مع أنّ الإيجاب وقع لغيره؟! وهو الذي قد أشرنا إلى أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ.

مع أنّه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصي وقبله الوارث لمورّثه الذي هو الموصى له وقلنا: إنّ القبول كاشف، فإنّه ينكشف حينئذٍ ـ بالقبول من الوارث القائم مقام مورّثه ـ دخوله في ملك الموصى له حين موت الموصي، فيرثه الوارث حينئذٍ.

لكنّ الحقّ خلاف ذلك كلّه، وأنّ الوارث ينتقل إليه المال من الموصي وإن قلنا بالكشف في قبول الموصى له؛ لبعض ما عرفت ممّا هو مفقود في المقام؛ ضرورة ظهور الدليل في ملكيّة الوارث له بموت الموصي، وإن قيّدناه ـ بالإجماع ـ بحصول القبول منه لذلك، ولا وجه

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٣٠.

للكشف بالنسبة إليه ؛ لأنّ الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصي ، فكيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصي والموصى له موجود؟!

ودعوى : أنّ القبول منه للميّت ـ الذي بموته خرج عن قابليّة إدخال شيء في ملكه ابتداءً ـ لا شاهد عليها .

كما لا وجه لدعوى : الكشف حين موت الموصى له مع أنّ السبب المملّك ذكر[1] للموصى له حين موت الموصي ، فليس حينئذٍ إلّا القول بأنّ قبول الوارث مملّك له حين حصوله .

ومن هنا قال المصنّف وغيره[2] :

﴿فرع﴾ :

﴿لو أوصى بجاريةٍ وحملها لزوجها﴾ أو غيره ﴿وهي حامل منه، فمات﴾ الزوج ﴿قبل القبول، كان القبول للوارث﴾ لما عرفت ﴿فإذا قَبِل مَلِك الوارثُ الولدَ إن كان ممّن يصحّ له تملّكه، ولا ينعتق على الموصى له؛ لأنّه لا يملك بعد الوفاة، ولا يرث أباه؛ لأنّه رقّ﴾ مملوك للوارث ﴿إلّا أن يكون ممّن ينعتق على الورثة[3] ويكونوا جماعة﴾ فيشاركهم ﴿فيرث﴾ حينئذٍ ﴿لعتقه قبل القسمة﴾ لكن غير اُمّه التي لم تدخل في ملك أبيه ، بل انتقلت إلى

↑ ج ٢٨ / ٢٦١

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٤٤.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: الوارث.

الوارث من الموصي، فليست هي حينئذٍ من تركته حتّى يشارك الوارث فيها، نعم هو شريكه في مال الموصى له.

وما عن الشيخ: ـ من أنّه لا يرث مطلقاً؛ وإلّا لاحتيج إلى قبوله، ولا يكون وارثاً إلّا بالقبول، فيلزم الدور[١] ـ فواضح الضعف؛ ضرورة صيرورته وارثاً بقبول غيره ممّن هو الوارث حال موت الموصى له؛ لأنّه هو المعتبر قبوله، لا من تجدّد إرثه، كما هو واضح.

نعم، لو كان الوارث واحداً فلا إرث له، وإن انعتق على الوارث لو قَبِل؛ لعدم موضوع الاحتياج إلى القسمة الذي هو شرط إرثه، كما هو محرّر في محلّه.

هذا كلّه بناءً على ما ذكرناه من أنّ قبول الوارث ناقل له من حينه، ولو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به في ملك الموصى له حين موت الموصي اتّجه حينئذٍ انعتاقه على أبيه وإرثه لأُمّه وانعتاقها عليه، كما هو واضح.

هذا كلّه إذا كان للموصى له وارث خاصّ فإنّه كما عرفت يقوم مقامه، أمّا إذا لم يكن ففي محكيّ التنقيح: أنّ الأكثر على رجوع المال حينئذٍ إلى ورثة الموصي[٢]، وفي الدروس: نسبته إلى المعظم[٣]، وفي المصابيح: إلى الشيخين والفاضلين[٤].

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٢.

(٢) التنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٣٨٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٩٨.

(٤) المصابيح في الفقه: الوصايا / مصباح: اختلف الأصحاب فيما إذا مات الموصى له ←

ولعلّه للاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن، وهو الوارث الخاصّ.

لكن فيه: أنّ في الصحيح أو الحسن: «فإن لم تجد... فتصدّق به»[١].

وعن السرائر: أنّه لإمام المسلمين[٢]. وهو متّجه لولا الشذوذ الذي اعترف به في الدروس[٣].

اللّهمّ إلّا أن يمنع عليه ذلك؛ باعتبار إطلاق الأكثر «الوارث» الشامل له عليه السلام، والأمر بالتصدّق به في الصحيح المزبور ـ الذي أفتى به الصدوق[٤] وابن سعيد[٥] على ما قيل[٦] ـ لا ينافيه، بل يؤكّده؛ باعتبار أنّ المال له وقد أذن بالصدقة به.

بل في مصابيح الطباطبائي: أنّ بذلك يحصل التوافق بين قول ابن إدريس وقول الصدوق وابن سعيد، ثمّ قال: «وهو الأقوى»[٧]، هذا.

← (تكميل) ورقة ٢٦٢ (مخطوط).

(١) تقدّم في ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤.

(٢) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ٢١٦.

(٣) يستفاد كونه شاذّاً من نسبة مقابله إلى المعظم، انظر الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٢٩٨.

(٤) المقنع: باب الوصايا ص ٤٨٢ ـ ٤٨٣.

(٥) الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٧.

(٦) كما في المصابيح في الفقه: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

ج ٢٨ / ٢٦٢

ومن الغريب ما حكاه فيها عن بعض شرّاح الحديث: أنّه قد استفاد من نصوص المقام أنّ الوصيّة للأنبياء والأئمّة عليهم السلام تصرف إلى أولادهم وذرّيّتهم؛ لأنّها دلّت على انتقال حقّ القبول إلى الوارث[1]؛ إذ لا يخفى ما فيه: من أنّ مورد الأخبار وجود الموصى له حال الوصيّة، فلا يتعدّى إلى غيره.

﴿ولا تصحّ الوصيّة﴾ بصرف مال مثلاً ﴿في معصية﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد[2]، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنّه يمكن منع اندراجه في أدلّة المقام فيبقى على أصالة المنع.

مضافاً: إلى عدم إمكان تنفيذها، فهي كالوصيّة بغير المقدور؛ لأنّ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً.

وإلى ما كان منها مندرجاً في المعاونة على الإثم المنهي عنها في الكتاب العزيز[3] كمساعدة الظالم على ظلمه ونحوها. بل قد يقال: إنّ الوصيّة بصرف المال في المعصية معصية؛ ضرورة كونها كبذل المال فيها وإن تولّى الصرف غير الباذل.

وإلى الخبر: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: (فمن بدّله

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٢٧ ج ٣ ص ٢٢٣، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / الفصل الأوّل ج ١٠ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٣) سورة المائدة: الآية ٢.

بعد ما سمعه...)[١] الآية؟ فقال: نسختها التي بعدها: (فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً)[٢] قال: يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي في ثلثه فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله تعالى من خلاف الحقّ، فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحقّ، وإلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الحقّ»[٣].

ونحوه المرسل المضمر عنه عليه السلام: «أنّه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغيّر الوصيّة إذا لم تكن بالمعروف وكان فيها حيف ويردّها إلى المعروف؟ لقوله تعالى: (فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه)[٤]»[٥].

وإلى غيره ممّا يستفاد منه عدم صحّة الوصيّة بغير الحقّ.

والظاهر إرادة التخصيص من النسخ في الخبر الأوّل، كما أنّ الظاهر إرادة ما لا ينافي البطلان من التبديل إلى الحقّ، لا أنّ المراد تبديل الوصيّة بتعمير الكنيسة مثلاً إلى تعمير المسجد، أو الوصيّة بإعانة الظالم على ظلمه إلى إعانة المطيع من حيث هو كذلك؛ ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدلّة خلافه، وإن كان قد يتوهّم من ظاهر الخبرين.

(١ و٢) سورة البقرة: الآية ١٨١ و١٨٢.

(٣) الكافي: الوصايا / باب أنّ من حاف في الوصيّة ح ٢ ج ٧ ص ٢١. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٩ الأوصياء ح ٥ ج ٩ ص ١٨٦. وسائل الشيعة: باب ٣٨ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٥١.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٨٢.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١ ص ٢٠. و«الوسائل»: ح ٢ ص ٣٥٢.

إلّا أنّه بمعونة الاتّفاق ظاهراً على خلاف ذلك يمكن حمله على إرادة الوصيّة بالثلث أوّلاً ـ مثلاً ـ ثمّ الوصيّة بخلاف الحقّ، فإنّه حينئذٍ يتّجه التبديل إلى الحقّ، أمّا في غير ذلك فليس إلّا البطلان الذي يمكن أن يكون أيضاً من التبديل إلى الحقّ؛ لأنّ المراد منه إرجاعها إلى ما يقتضيه الشرع، وهو مختلف كما عرفت، فتدبّر.

ج ٢٨ / ٢٦٣

ثمّ لا فرق في استفادة الحكم المزبور وغيره من آية: «كتب عليكم ـإلى قوله: ـ غفور رحيم»[١] بين القول بكونها منسوخة بآية المواريث[٢] والقول بكونها غير منسوخة؛ لعدم التنافي بين الإرث والوصيّة للوارث، فإنّ حكم الوصيّة وعدم جواز التبديل إلّا مع الجنف مستفاد على كلّ حال.

كما أنّ الظاهر عدم اعتبار المال الكثير في رجحان الوصيّة؛ لإطلاق لفظ الخير المراد به المال، ولم يثبت تقييده بذلك، بل ولا خصوص الوالدين والأقربين وإن كانوا أولى من غيرهم، بل المراد مطلق الوصيّة بالمعروف.

وأمّا الحصر في الآية فيحتمل: إرادة إثم التبديل منه، على معنى: أنّ إثم التبديل على المبدّل دون الموصي؛ لأنّه «لا تزر وازرة وزر أُخرى»[٣].

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٠ ـ ١٨٢.

(٢) سورة النساء: الآية ١٢.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٦٤.

ويحتمل: إرادة حصر إثم الموصى له في المبدّل، دون الميّت الذي ارتفع الإثم عنه بوصيّته فيه، وربّما يشهد له النبوي: «من حضره الموت فوصّى وصيّة على كتاب الله، كان كفّارة لما منع من زكاته في حياته»[١]، بل وغير ذلك من الوجوه الاعتباريّة، ولتمام الكلام في الآية محلّ آخر، والله العالم.

وكيف كان ﴿فلو أوصى بمال للكنائس﴾ التي هي معابد النصارى ومحالّ سبّهم للحقّ وأهله والعبادات الفاسدة ﴿أو البِيع﴾ التي هي لليهود كذلك ﴿أو كتابة ما يسمّى الآن توراةً و[٢]إنجيلاً﴾ وليس كذلك؛ لأنّه قد حرّف جملة منهما وبه كانا من كتب الضلال ﴿أو في مساعدة ظالم﴾ على ظلمه بل فاسق على فسقه ﴿بطلت الوصيّة﴾ لما عرفت، وإن قلنا بجواز الوصيّة لليهود مثلاً.

والضابط: أنّ كلّما جاز له فعله حال الحياة جاز له الوصيّة به، وكلّما لم يجز له ذلك لم يجز له الوصيّة به، وبذلك يفرّق بين المعابد وغيرها ـ كالقنطرة والخان ونحوهما ـ وبين كتابة التوراة مثلاً للنقض وغيره، وقد تقدّم في الوقف[٣] في نظير المسألة ما له نفع في المقام بناءً على اعتبار القربة فيه، فلاحظ.

↑ ج ٢٨ / ٢٦٤

ولا فرق في ذلك كلّه بين المسلم والكافر المشتركين في الفروع

---

(١) سنن ابن ماجة: ح ٢٧٠٥ ج ٢ ص ٩٠٢، كنز العمّال: ح ٦٤٠٥٤ ج ١٦ ص ٦١٣.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: أو.

(٣) في ص ٧٧.

عندنا. نعم قد أُمرنا بإقرار أهل الذمّة منهم على ما عندهم من الأحكام، وليس ذلك حكماً بالصحّة. وبه يجمع بين من أطلق البطلان كالماتن ونحوه، وبين من خصّ ذلك بما إذا كان الموصي مسلماً، والأمر سهل.

﴿و﴾ كيف كان، فقد عرفت فيما تقدّم أنّ ﴿الوصيّة عقد جائز من طرف الموصي﴾ فله الرجوع بها حينئذٍ ﴿ما دام حيّاً، سواء كانت بمال أو ولاية﴾ بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه[1]، بل النصوص فيه مستفيضة أو متواترة[2].

لكنّ إطلاق العقد عليها بناءً على اعتبار الموت في صحّة قبولها نوع مسامحة؛ إذ هي ما دام حيّاً ليست إلّا إيجاباً، أمّا بناءً على صحّته منه في الحياة ووقع منه فصدق العقد عليها حينئذٍ حقيقة، ولعلّ ذلك هو المراد للمصنّف، ويستفاد حكم الإيجاب وحده حينئذٍ بطريق أولى، وإن كان قد عرفت فيما تقدّم الإشكال في كونها من العقود المتعارفة من غير هذه الجهة، فلاحظ وتأمّل.

وخصّ الموصي مع أنّ حكم الجواز مشترك بينهما في الجملة لبيان أنّها بالنسبة إليه لا تكون إلّا جائزة، سواء حصل لها قبول أو لا، بخلافها بالنسبة إلى الموصى له، فإنّها قد تكون جائزة ـ كما في حال

---

(١) ينظر تذكرة الفقهاء: الوصايا / المقصد الثاني ج ٢ ص ٥١٤ (الطبعة الحجرية)، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٣٥، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٠٣، ورياض المسائل: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٢٧٥.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٨ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٠٢.

الحياة حصل منه قبول أو لا ، وبعد الوفاة قبل القبول ، أو بعده قبل القبض بناءً على اعتباره في الملك ـ ولازمة بعد الوفاة والقبول والقبض ، أو الأوّلين فقط بناءً على عدم اعتبار القبض في الصحّة واللزوم ، كما هو الأصحّ على ما عرفته سابقاً ، والله هو العالم .

﴿ويتحقّق الرجوع﴾ من الموصي ﴿بالتصريح﴾ به لفظاً بلا خلاف [1] ؛ نحو : «رجعت» أو «نقضت» أو «فسخت» أو «لا تعطوه ما أوصيت به له» .

أو بما يفيده ظاهراً أيضاً ؛ نحو : «هذا لوارثي» أو «ميراث عنّي» أو «حرام على الموصى له» أو نحو ذلك ممّا يستلزم بطلان الأُولى .

خلافاً لبعض الشافعيّة : فلم يبطلها بالمثال الأوّل ؛ قياساً على عدم البطلان فيما لو أوصى بعين لزيد ثمّ بها لعمرو ، بل يشتركان فيها [2] .

↑ ج ٢٨ / ٢٦٥

وفيه : ـ مع بطلان القياس ـ منع الحكم في المقيس عليه ؛ ضرورة التضادّ بينهما لامتناع حصول الملك لكلّ منهما ، والطارئة رافعة لحكم الأُولى عرفاً بل وشرعاً ؛ لأنّ العمل بالوصيّة واجب ، ولا يمكن إلّا بالرجوع عن الأُولى المشروع في نفسه ، بخلاف الثانية .

نعم ، لو نصّ على التشريك أو دلّت عليه قرينة عمل به ، بل في جامع المقاصد : «وكذا لو دلّت قرينة على صدور الوصيّة الثانية لنسيان

---

(١) كما في جامع المقاصد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣١٣.

(٢) حواشي الشرواني: ج ٧ ص ٧٧.

الأُولى ، وأنّه لم يرجع عنها ، فإنّ العمل بالأُولى حينئذٍ»[١]. وإن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف .

نعم ، لو قال : «هو من تركتي» لم يكن رجوعاً على الأقوى ؛ لأنّ الموصى به من جملتها ، ودعوى اختصاصها بما كان حقّاً للوارث بالإرث ممنوعة .

ولو أوصى له بألف ، ثمّ أوصى له بألف ، ففي القواعد : «هي واحدة ، وكذا بألف معيّنة ثمّ بألف مطلقة وبالعكس ، ولو أوصى بألف ثمّ بألفين فهي بألفين»[٢]، ووافقه عليه في جامع المقاصد[٣].

ولكن لايخلو من تأمّل مع فرض عدم القرينة ؛ لأصالة التعدّد في الإنشاء الذي لا يتصوّر في تكراره التأكيد . نعم هو كذلك في الإقرار ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال ، فالرجوع يتحقّق بذلك ﴿**أو بفعل ما ينافي الوصيّة، فلو باع ما أوصى به**﴾ أو أعتقه ﴿**أو أوصى ببيعه، أو وهبه وأقبضه**[٤]، أو رهنه﴾ كذلك ، أو كاتبه ﴿**كان رجوعاً**﴾ لاقتضاء البيع والهبة مع القبض والعتق نقل الملك وإزالته المنافي كلّ منهما لبقاء الوصيّة ، والرهن منع الراهن من التصرّف وتسلّط المرتهن على استيفاء

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٣١٤.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٧١.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣٢٤.

(٤) في نسخة الشرائع: أو قبضه.

حقّه من القيمة المنافي لمقتضى الوصيّة الذي هو الملك تامّاً بالموت والقبول، وليس هو كالوصيّة بالمرهون المنزّلة على إرادة العهد به[١] على تقدير الفكّ، وإفضاء الكتابة إلى انقطاع السلطنة عليه التي من جملتها الوصيّة به.

وما عن بعض العامّة: من أنّ البيع ليس رجوعاً ـ لأنّه يتضمّن أخذ البدل[٢] ـ واضح الضعف.

إنّما الكلام: في أنّ اقتضاء هذه الأُمور الرجوع للتنافي ـ بل هو في الحقيقة ليس رجوعاً، بل بطلان[٣] للوصيّة بانتفاء محلّها وانتقاله عن ملك الموصي؛ ومن هنا يتّجه البطلان حتّى لو صدر ذلك منه نسياناً للوصيّة ـ أو للدلالة على قصد الرجوع، نحو ما ستسمعه من التعريض لما هو منافٍ للوصيّة؟ وتظهر الثمرة حينئذٍ في البطلان بما أوقعه من البيع وإن ظهر فساده، لكن ستعرف المناقشة في دلالة ذلك ونحوه على إرادة إنشاء الرجوع.

ج ٢٨ / ٢٦٦

وأمّا الوصيّة ببيعه فالظاهر الرجوع بها؛ لمنافاتها لمقتضى الوصيّة الأُولى الذي هو الملك بالموت، فهو كالوصيّة به لزيد ثمّ الوصيّة به لعمرو، الذي قد عرفت الكلام فيه.

لكن في المسالك: أنّها من فعل ما يدلّ على إرادة الرجوع، نحو

---

(١) في بعض النسخ: العهديّة.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٨٦.

(٣) في بعض النسخ: بطلاناً.

مقدّمات الأُمور التي لو تحقّقت لناقضت الوصيّة كالتعريض للبيع ونحوه ممّا هو ناقل للملك أو مزيل له ، نـعم لو دلّت قـرينة عـلى عـدم إرادة الرجوع بذلك وأنّه لغرض آخر عمل عليها ، وإلّا حمل على الرجوع ؛ عملاً بظاهر حال العاقل ، وقد جعل منه الهبة قبل القبض ، وكذا الرهن بناءً على اعتباره فيه [1].

وفيه : أنّ أقصى ذلك كون الموصي قد قصد شيئاً لو تحقّق لأبـطل الوصيّة قهراً ، ولا دلالة في ذلك على إرادته إنشاء الرجوع بعد احتماله وجوهاً متعدّدة ، ودعوى ظـهور حـاله فـي ذلك مـمنوعة ، ولو سـلّم فلا دليل على حجّيّته [2] في مثل المقام.

نعم ، قد يقال : إنّ الهبة قبل القبض والرهن كـذلك مـن المـنافي ، فإنّهما وإن لم يحصل بهما الملك والرهن إلّا أنّ الإعـداد لذلك مـنافٍ أيضاً ، فإنّ الموصى به ينافيه تعلّق عقد الهبة به مثلاً ، فيكون حينئذٍ من القسم الأوّل ، مع أنّه لايخلو من نظر أو منع أيضاً ، خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الوصيّة.

﴿وكذا﴾ النظر فيما ذكره غير واحد [3] : من أنّه به يتحقّق الرجوع ، وهو ﴿لو تصرّف في﴾ الموصى بـ﴿ـه تصرّفاً أخرجه عن مسمّاه؛

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في العقد ج ٦ ص ١٣٦.

(٢) في بعض النسخ: صحّته.

(٣) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٢ ـ ٤٣، والعلّامة في القواعد: الوصـايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٧٠، والشهيد الأوّل في الدروس: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٧، والشهيد الثاني في الروضة: الوصايا / في الأحكام ج ٥ ص ٦٥.

كما إذا أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه، أو خَبَزه» لأنّه كتلف محلّ الوصيّة المقتضي لبطلانها من غير حاجة إلى قصد، بل لو وقع ذلك نسياناً منه أبطلها، بل الظاهر كونه كذلك أيضاً إذا وقع لا بفعله.

فإنّه وإن كان جيّداً، لكن ينبغي تقييده بما إذا علم أنّ الموصي قد أوصى به من حيث كونه مسمّى باسم خاصّ، بخلاف ما إذا علم كون الوصيّة به من حيث الذات التي لا تبطل الوصيّة بها حينئذٍ مع تغيّر حقيقتها، فضلاً عن تغيّر أحوالها التي تتغيّر به أسماؤها.

ج ٢٨ / ٢٦٧

أمّا إذا لم يعلم الحال كما لو اقتصر على «حنطتي ـ مثلاً ـ لزيد بعد وفاتي» فهو وإن كان قاعدة دوران الحكم مدار الاسم تقتضي بطلان الوصيّة بانتفائه، نحو قول السيّد لعبده: «آتني بحنطة» فإنّه لا يمتثل بإتيان الدقيق، لكن قد يقال: إنّ ظاهر التمليك عرفاً يقتضي تعلّقه بمسمّى الاسم لا من حيث التسمية به، وحينئذٍ يكون المتّجه عدم بطلانها بانتفاء الاسم، من غير فرق بين أن يكون ذلك بفعله أو لا بفعله.

ودعوى: ظهور الأوّل في الرجوع لا من حيث انتفاء الاسم ـ بل من حيث إنّه لو كان باقياً على وصيّته لم يغيّره عن الحال الأوّل ـ واضحة المنع.

ومن ذلك يظهر لك ما في كلام ثاني الشهيدين في المسالك[1] وغيره[2] الذي لا يكاد يلتئم أطرافه، فإنّه قد علّل البطلان بانتفاء الاسم

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٣٧.

(٢) كالبحراني في الحدائق: الوصايا / في الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٠٦.

أوّلاً، ثمّ اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الموصي ذلك لمصلحة العين لدفع الدود عنها ونحوه، وبعدمه أيضاً لو كان قد فعله غيره من غير إذنه، مع أنّه إذا كان المدار انتفاء الاسم يتّجه البطلان مطلقاً.

نعم، يتّجه الفرق بذلك لو كان منشأ البطلان دعوى دلالة الفعل المزبور على الرجوع، وقد عرفت منعها.

كما أنّه بذلك يظهر لك أولويّة عدم البطلان فيما لو علّق الموصي وصيّته باسم الإشارة ونحوه ممّا لم يذكر فيه الاسم، فقال: «هذه لزيد بعد وفاتي» أو «ما في البيت لزيد بعد وفاتي» فإنّه لا اسم حينئذٍ قد علّق عليه الوصيّة كي تنتفي بانتفائه، بل لو جمع بين الاسم والإشارة أمكن الترجيح للثانية بالاستصحاب وغيره.

وإلى نحو ذلك أشار في التذكرة[1]، وإن توهّم في جامع المقاصد[2] والمسالك[3] عليه أنّه في التذكرة يفرّق بين الوصيّة بالمعيّن والمطلق: فتصحّ الوصيّة بالأوّل وإن تغيّر الاسم، بخلاف الثاني فإنّ الوصيّة تبطل بمجرّد تغيّر ما عنده من أفراده لو كان، وهو شيء لا ينبغي أن ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن مثل العلّامة، خصوصاً البطلان في المطلق الذي لا وجه له؛ ضرورة وجوب تنفيذ الوصيّة على كلّ حال، سواء كان في التركة له فرد وقد تغيّر أو لم يكن، كما هو واضح، هذا.

(١) تذكرة الفقهاء: الوصايا / المقصد الثاني ج ٢ ص ٥١٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣٢٠.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٣٨.

مع أنّه في التذكرة ما صدر منه إلّا نحو ما في الكتاب ممّا هو ظاهر في المعيّن ـ ولو باعتبار عود الضمائر ـ كما اعترف به في المسالك بالنسبة إلى المتن[١]، وليس في كلامه التعرّض للمطلق أصلاً.

↑ ج ٢٨ / ٢٦٨

نعم، ذكر بعد ذلك ما قلناه من تعلّق الوصيّة باسم الإشارة ونحوه، ثمّ قوّى عدم بطلان الوصيّة فيه، معلّلاً له: بأنّه لا اسم كي تنتفي بانتفائه[٢]، فلاحظ وتأمّل.

﴿وكذا﴾ الكلام فيما ﴿لو أوصى بزيت﴾ مثلاً ﴿فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره﴾ كذلك ﴿حتّى لا يتميّز﴾ فإنّه أيضاً قد ذكر غير واحد: كونه رجوعاً[٣]، بل في المسالك: «ظاهرهم القطع بذلك»[٤]؛ لتجدّد وصف لم يحصل الرضا ببذله مع عدم إمكان الفصل، ولكونه كالتلف، ولدلالة هذا الفعل عرفاً على الرجوع.

لكن في الأوّل: منع اقتضائه البطلان؛ ضرورة بقاء العين الموصى بها في نفس الأمر، وعدم تمييزها لا يقتضي بطلانها عرفاً ولا شرعاً، ولا ينافي قبول تمليكها، فإذا ملكها الموصى له شاركه بنسبة القيمة، فلم يحصل وصف للموصى به لم يوص به، ودعوى كونه كالتلف

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٣، إرشاد الأذهان: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٧، الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٧، كفاية الأحكام: الوصيّة / الطرف الأوّل ج ٢ ص ٤٠.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الوصيّة ج ٦ ص ١٣٧.

ـ كدعوى الدلالة ـ واضحتا المنع .

ولذلك اعترف غير واحد[١] بعدم البطلان بالخلط بالمساوي والأردأ ـ معلّلاً له في المسالك في المزج بالأردأ : بكون القدر الناقص بمنزلة إتلاف الموصي له ، فيبقى الباقي على الإيصاء الأوّل[٢] ـ وبعدمه أيضاً لو خلطه غيره بغير إذنه ، أو اختلط بهيلانٍ[٣] لنفسه ونحوه ، ولو كان ذلك تلفاً لم يفرّق بين الجميع ، كما أنّه لو كان فيه دلالة على الرجوع لم يفرّق بين الأجود وغيره .

والمتّجه : عدم اقتضاء شيء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينة تدلّ عليه ، ويشارك الموصى له بنسبة القيمة في الأجود والأردأ ، من غير فرق في ذلك بين كون الموصى به زيتاً معيّناً ، أو طعاماً كذلك ، أو صاعاً من صبرة معيّنة فمزجها بغيرها .

وبذلك يظهر ما في غير كتاب من كتب الأصحاب حتّى الفاضل في القواعد ، الظاهر منه : الفرق بين المعيّن والصاع من الصبرة ، فالخلط في الأوّل مطلقاً رجوع ، بخلاف الثاني ففيه التفصيل المزبور[٤]. وهو غريب .

وكذا يظهر لك الوجه فيما في غير كتاب[٥] أيضاً من قول : ﴿أمّا

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٧٠.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) الهيلان: ما انهال من الرمل، وانهال: أي جرى وانصبّ. المحكم (لابن سيده): ج ٤ ص ٣٨٢ (هيل)، الصحاح: ج ٥ ص ١٨٥٥ (هيل).

(٤) قواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٧٠.

(٥) كالمبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٣، وإرشاد الأذهان: الوصايا/في أركانها ج ١ ص ٤٥٧.

لو أوصى بخُبز فَدَقَّه فتيتاً لم يكن رجوعاً» بناءً على ما ذكرناه، نعم قد يشكل ذلك بناءً على ما سمعته منهم؛ ضرورة تغيّر الاسم بذلك، اللّهمّ إلّا أن يفرض عدم تغيّره بأن يقال له: «خبز مدقوق» أو يدّعى أنّ مثل هذا الفعل لا يقتضي الرجوع، بخلاف الأفعال السابقة.

لكنّ الأخير كما ترى؛ فإنّ الدقّ كالطحن والعجن ونحوهما ممّا يقتضي إرادة الانتفاع به للأكل ونحوه ممّا ينافي الاستمرار على إرادة الوصيّة، فإن كان مثل ذلك يقتضي الرجوع فهو في الجميع، وإلّا فلا.

↑ ج ٢٨ / ٢٦٩

وإن كان قد يمنع دلالة ذلك على إرادة الأكل ونحوه، وبعد التسليم قد يمنع اقتضاء ذلك إنشاء الرجوع والفسخ للوصيّة، فإنّه يمكن اجتماع الاستدامة عليها مع هذه الإرادة إذا[1] كان المقصود إبطالها بالأكل أو لم يخطر له ذلك بباله.

وبالجملة: الفسخ كالعقد لابدّ له من إنشاء إرادة له، سواء كان بفعل أو قول، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق، ومنه ينقدح لك النظر في كثير من كلماتهم في المقام، بل من التأمّل فيما ذكرناه هنا تعرف ما في كثير ممّا أطنبوا به من الأمثلة وغيرها.

ولو رجع عن المصرف ـ بأن أوصى لزيد بعين ثمّ لعمرو بأُخرى وقصر الثلث، ثمّ أوصى بالأُولى لبكر ـ فالأقرب تقديم وصيّة عمرو على الوصيّة لبكر؛ لتقدّمها عليها، فيدخل النقص على المتأخّرة، وإن كان لولا رجوعه عن الأُولى لكان النقص عليها لأنّها المتأخّرة، والله هو العالم.

---

(١) في بعض النسخ: إلّا إذا.

الفصل ﴿الثاني﴾
﴿في الموصي﴾

﴿ويعتبر فيه: كمال العقل﴾ الجاري مجرى غالب العقلاء ﴿والحرّيّة﴾.

﴿فلا تصحّ وصيّة المجنون﴾ مطبقاً كان أو أدواراً إذا كان قد أوصى حاله، بلا خلاف[1] ولا إشكال؛ لسلب عبارته.

نعم، لا تنفسخ بعروضه ـ كالإغماء ونحوه ممّا لا عقل معه ـ وإن استمرّ إلى الموت؛ للأصل. وكونها عقداً جائزاً لا يقتضي مساواتها له في كلّ شيء؛ ولذا كان الموت محقِّقاً لها من طرف الموصي لا فاسخاً، بخلاف باقي العقود الجائزة، وتصريح الأصحاب بصحّة وصيّة ذي الأدوار كالنصّ على الصحّة وإن تعقّب الجنون.

على أنّ الأصحاب إنّما اشترطوا العقل لا استمراره، بل صرّح

---

(١) كما في ظاهر الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصي ج ٢٢ ص ٤٠٧، وصرّح بالإجماع في رياض المسائل: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٢٦٨.

بعضهم كثانيي الشهيدين[١] والمحقّقين[٢] بعدم اشتراطه، بل عن الأوّل منهما: «أنّ في صحيح أبي ولّاد تنبيهاً على ذلك» مريداً به ما روي عن الصادق عليه السلام في وصيّة القاتل لنفسه: «... إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً ...» إلى آخر ما تسمعه إن شاء الله[٣]؛ باعتبار ظهوره في صحّة الوصيّة مع تعقّبها بالفعل المانع من التصرّف، فكذلك غيره من الموانع.

ولا بأس به، وإن كان العمدة: ما عرفت، معتضداً بالإجماع في مصابيح العلّامة الطباطبائي على عدم البطلان بعروض الجنون والإغماء، سواء استمرّ إلى الموت أو انقطع[٤].

↑ ج ٢٨ / ٢٧٠

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ تصحّ وصيّة ﴿الصبيّ ما لم يبلغ عشراً﴾ لعدم كمال العقل فيه قبل ذلك غالباً.

﴿فإن بلغها فوصيّته جائزة في وجوه المعروف ـ لأقاربه وغيرهم ـ على الأشهر، إذا كان بصيراً﴾ عاقلاً، بل هو المشهور نقلاً[٥] وتحصيلاً[٦]، بل نسبه بعضهم إلى

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصي ج ٦ ص ١٤٣.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٣٦.

(٣) يأتي بلفظه في ص ٥٨٤.

(٤) المصابيح في الفقه: الوصايا / مصباح: لا تبطل الوصيّة بالجنون والإغماء ورقة ٢٦٢ (مخطوط).

(٥) كما في غاية المراد: الوصايا / في أركانها ج ٢ ص ٤٦٤، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٣٤، والروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٢، ورياض المسائل: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٢٧٠.

(٦) ذهب إلى ذلك في المقنعة: الوصيّة / باب وصيّة الصبي ص ٦٦٧، والنهاية: الوصايا / ←

الأصحاب[١] مشعراً بدعوى الإجماع، بل في ظاهر محكيّ الغنية أو صريحه دعواه عليه[٢]؛ لـ:

إطلاق أدلّة الوصيّة وعمومها.

وقول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الرحمن[٣] وخبره[٤]: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته».

وفي صحيح أبي بصير: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقٍّ جازت وصيّته...»[٥] الحديث.

وفي موثّق منصور بن حازم ـ جواب سؤاله عن وصيّة الغلام ـ: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيّته»[٦].

وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح زرارة الذي رواه المشايخ

← باب شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٢، والمهذّب: الوصايا / باب شروط الوصايا ج ٢ ص ١١٩، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في أركانها ج ١ ص ٤٥٧، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصي ج ٢ ص ٤٠.

(١) كشف الرموز: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٦٩ ـ ٧٠.

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الحدّ الذي إذا بلغه ح ٥٤٥٠ ج ٤ ص ١٩٦، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٦٢.

(٤) الكافي: الوصايا / باب وصيّة الغلام ح ٣ ج ٧ ص ٢٨، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش السابق).

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤ ص ٢٩، و«الفقيه» في الهامش قبل السابق: ح ٥٤٥٢ ص ١٩٧، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٣٦١.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٥ ج ٩ ص ١٨٢، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٣٦٣.

الثلاثة[١]: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»[٢]... وغير ذلك.

وهي وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى العقل، لكنّ الإجماع على اعتباره كافٍ في تقييدها به، مع أنّه يمكن ترك ذلك فيها لغلبة حصول العقل له في المدّة المزبورة، مضافاً:

إلى إشعار قوله [عليه السلام]: «في حدّ معروف وحقّ» به.

وإلى موثّق أبي أيّوب وأبي بصير عن الصادق عليه السلام: «في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال: إذا أصاب موضع الوصيّة جازت»[٣].

وقول أحدهما عليهما السلام في موثّق ابن مسلم: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيّته وإن لم يحتلم»[٤].

وإطلاقه بالنسبة إلى العشر لا ينافي التقييد بالعقل فيه، كما لا ينافي تقييده بالعشر التي تضمّنته النصوص السابقة المعتضدة بما عرفت، الذي لايقدح في صحّتها بالنسبة إلى المطلوب اشتمال بعضها على

---

(١) الكافي: الوصايا / باب وصيّة الغلام ح ١ ج ٧ ص ٢٨، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الحدّ الذي إذا بلغه ح ٥٤٥١ ج ٤ ص ١٩٧، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٤ ص ١٨١.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٦٢.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢، و«الوسائل» في الهامش السابق: ح ٦ ص ٣٦٣.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٨ ص ١٨٢، وقطع السند في الوسائل إلى جميل بن درّاج، انظر وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٢ ج ١٩ ص ٢١٢.

ما لا نقول به ، فيقيّد بها الموثّق المزبور ، وبالجميع يخصّ ما دلّ على سلب عبارته .

ولا حاجة إلى تكلّف دعوى : عدم شمول تلك الأدلّة لما بعد الوفاة ، التي من الواضح منعها .

ج ٢٨ / ٢٧١

كمنع دعوى : جواز وصيّته باعتبار كونها عبادة ، وهو غير محجور عليه بالنسبة إليها بناءً على شرعيّتها .

إذ فيها أوّلاً : منع الشرعيّة ، وثانياً : منع شرعيّتها إذا كانت بمال ، فليس له أن يؤدّي زكاته المستحبّة ولا الصدقة ولا الوقف ولا العتق لسلب عبارته .

ومن الغريب : ردّ ابن إدريس هذه الأخبار مع أنّه يدّعي غالباً قطعيّة ما هو أقلّ منها عدداً وعملاً[١] .

وأغرب منه : موافقة جماعة من المتأخّرين له ـ ممّن لم يوافقه على عدم العمل بأخبار الآحاد ـ على ذلك[٢] .

وما في المسالك من «أنّها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها ، فإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل»[٣] لا يخفى ما فيه على

---

(١) السرائر: الوصايا / باب شرائط الوصيّة ج ٣ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٢) قواعد الأحكام: الوصيّة / في الموصي ج ٢ ص ٤٤٧، إيضاح الفوائد: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٤٧٨، مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصي ج ٦ ص ١٤٢، واحتاط به في المهذّب البارع: الوصايا / في الموصي ج ٣ ص ٩٧، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٣٤.

(٣) انظر «المسالك» في الهامش السابق.

الناظر فيها بعد الإحاطة بما ذكرناه.

﴿وقيل﴾ والقائل ابن الجنيد[١]: ﴿تصحّ﴾ وصيّته ﴿وإن بلغ ثمانياً[٢]﴾ من السنين ﴿و﴾ هو وإن كان لا يخلو من وجه، لكنّ ﴿الرواية به﴾ التي استند إليها ﴿شاذّة﴾.

وهي خبر الحسن بن راشد عن العسكريّ عليه السلام: «إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك»[٣].

على أنّ ظاهرها حصول البلوغ لهما من غير فرق بين الوصيّة وغيرها، وقد قيل: «إنّه مخالف لإجماع المسلمين وأخبارهم»[٤].

نعم، لو كان مدركه: أنّه مع فرض بلوغ الصبي العقل المتعارف لغالب الأولاد لم تكن للعشر خصوصيّة، وإن قيّد بها في تلك النصوص، إلّا أنّه جارٍ مجرى الغالب، فلا تصلح للتقييد؛ ولذا جعل المدار في غيرها على العقل وعلى إصابة موضع الوصيّة، وحينئذٍ فتجتمع جميع النصوص على ذلك.

إلّا أنّ المتّجه حينئذٍ: عدم التقييد بالثمان أيضاً، كما عساه يشهد له قول الصادق عليه السلام: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقٍّ

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩١.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ثمان.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ١١ ج ٩ ص ١٨٣، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ٢١٢.

(٤) الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصي ج ٢٢ ص ٤١٢.

ج ٢٨ / ٢٧٢

جازت وصيّته ، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى في ماله بشيء في حقٍّ جازت وصيّته»[1]. وعن الفقيه : إبدال الشيء باليسير[2]، ولعلّ المراد به الأقلّ من الثلث .

على أنّه مخالف للإجماع بحسب الظاهر ؛ ولذلك أمكن إرادة التقييد به وإن سلّم كونه الغالب ، إلّا أنّه لعلّ الشارع لاحظ الغالب في التحديد والتقييد ، إلحاقاً للنادر بغيره في الحكم ، كما هو المعروف في قواعد الشرع وقوانينه .

وعلى كلّ حال ، فلا ريب أنّ الأقوى المشهور .

وأمّا القول بالتفصيل بين الأقارب وغيرهم ـ الذي قد يتوهّم أنّه أشار إليه المصنّف بالتنصيص على عدم الفرق ـ فلم نتحقّق القائل به ، وإن رواه ابن مسلم في الصحيح : «سمعت أبا عبد الله عليه‌السلام يقول : إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك ، جازت وصيّته لأُولي الأرحام ، ولم يجز للغرباء»[3].

ولعلّ الإشارة بالتنصيص إليه ، لكن ـ لقصوره عن تقييد ما عرفت

(١ و٢) ورد لفظ «الشيء» في الوسائل نقلاً عن التهذيب، والموجود في التهذيب ما في باقي المصادر أعني «اليسير». انظر تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٧ ج ٩ ص ١٨٢، ومن لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الحدّ الذي إذا بلغه ح ٥٤٥٢ ج ٤ ص ١٩٧، ووسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ٢ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٣٦١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الحدّ الذي إذا بلغه ح ٥٤٥٣ ج ٤ ص ١٩٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٨ وصيّة الصبي ح ٣ ج ٩ ص ١٨١، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٦٠.

من وجوه ـ يمكن حمله على إرادة بيان عقله وتمييزه بذلك، بل لعلّ تقييد وصيّته بالمعروف مشعر بذلك بناءً على إرادة الراجح شرعاً منه، كبناء القناطر والمساجد وصلة الأرحام... ونحو ذلك. ويمكن إرادة الوصيّة الجائزة الجارية مجرى وصايا العقلاء، كما أومأ إليه بقوله عليه‌السلام: «إذا أصاب موضع الوصيّة»[١]، بل وبقوله: «حقّ»[٢] المراد منه ما قابل الباطل الذي هو مظنّة الصبا، والله العالم.

وكذا لا تصحّ وصيّة المملوك بما في يده من الأعيان مطلقاً بناءً على أنّه لا يملك أصلاً حتّى مع إجازة السيّد؛ لخروجها عن موضوع الوصيّة، ضرورة كونها كقول: «مال زيد لعمرو بعد وفاتي».

بل ولا من الفضولي الذي هو الوصيّة عن زيد بعد وفاته لا وفاة غيره.

بل وعلى غيره؛ للحجر عليه الشامل لهذا التصرّف قطعاً، ولو بملاحظة ما دلّ من النصوص على جواز وصيّة المكاتب بمقدار ما أُعتق منه[٣].

نعم، لو أجاز له مولاه صحّ بناءً على ملكه، بل وكذا لو زال الرقّ وفرض بقاء ماله الموصى به على ملكه حتّى مات، وإن كان قد يحتمل

(١) كما في موثّق أبي أيّوب وأبي بصير المتقدّم في ص ٥٧٧.

(٢) كما في خبر أبي بصير الذي عبّر عنه بـ«قول الصادق عليه‌السلام» المتقدّم في ص ٥٧٩ ـ ٥٨٠.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٨١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٤١٤، وباب ٢٠ من كتاب التدبير والمكاتبة ج ٢٣ ص ١٦٥.

↑ البطلان ؛ لكونه كبيع المرهون ثمّ فكّ[1] بناءً على عدم الصحّة فيه ، لكن قد عرفت البحث فيه في محلّه .

ج ٢٨ / ٢٧٣

أمّا لو ارتفع الرقّ عنه بعد الإيصاء منه ، وقد ملك بعد عتقه ـ مثلاً ـ ما تنفذ فيه وصيّته ، فوجهان :

من إطلاق تنفيذ الوصيّة وكونه غير مسلوب العبارة ، فهو كالمعسر حال الوصيّة الموسر حال الموت ، وإطلاق ما دلّ على نفوذ وصيّة المكاتب بقدر ما تحرّر منه ، وعدم ثبوت اشتراط صحّة الوصيّة بعدم المانع من نفوذها غير الموت .

ومن وقوع الإيجاب منه وهو رقّ ، وإطلاق قوله [عليه السلام] : «لا وصيّة لمملوك»[2] ، والتعليق في المعنى في الوصيّة بغير الموت .

أقواهما الأوّل ؛ لما عرفت ، مع عدم ثبوت اعتبار الحرّيّة حين إيجاد عبارة الوصيّة ، بل لعلّ الثابت خلافه ، كما سمعته في إطلاق روايات المكاتب ، كما أنّ المعتبر في الوصيّة الملك حين الوفاة لا حين الإيصاء .

والخبر المزبور ـ مع عدم جمعه لشرائط الحجّيّة ـ ظاهر في غير الفرض .

---

(١) في بعض النسخ: فكّت.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢ ج ٩ ص ٢١٦، الاستبصار: الوصايا / باب ٨١ من أوصى لمملوكه ح ٢ ج ٤ ص ١٣٤، وسائل الشيعة: باب ٧٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤١١.

وعدم قدح معنى التعليق الذي هو كقوله : «إن كانت زوجتي فهي طالق» بل في القواعد[١] وغيرها[٢] : «لو قال العبد : (متى أُعتقت ثمّ مِتّ) فالأقرب الجواز» ولعلّه لأنّ قوله : «هذا لزيد بعد وفاتي إن متّ حرّاً» بمنزلة قوله : «إن متّ في سفري» أو «مرضي» .

بل لا يبعد صحّة التعليق على الملك في المشخّص والمطلق . وإن كان لا يخلو من نظر سيّما الأوّل ،كالنظر في صحّة الوصيّة بعينٍ للغير ثمّ ملكها بعد ذلك .

هذا كلّه في الوصيّة التمليكيّة للمشخّص أو المطلق .

أمّا العهديّة كالوصيّة بالدفن في مكان مخصوص ونحوه ممّا لا يحتاج إلى صرف مال ، فوجهان أيضاً .

كالوجهين في وصيّة السفيه ـ بالمعروف أو مطلقاً ـ بل القولين ، إلّا أنّ الأقوى فيه عدم جوازها ؛ لعموم أدلّة الحجر عليه . ودعوى[٣] اختصاصها في حال الحياة واضحة المنع .

لكن في جامع المقاصد : أنّ المشهور الجواز[٤]، بل عن ظاهر الغنية : الإجماع على ذلك[٥]، فإن تمّ فهو ، وإلّا كان الأقوى ما عرفت .

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٤٤٨.

(٢) كالدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٢٩٩، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٤٠.

(٣) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٢٦٨.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٣٦.

(٥) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

وأمّا المفلّس فالأقوى جواز وصيّته ؛ لعدم معارضتها لحقّ الغرماء ، لأنّها من الثلث الذي لا يكون إلّا بعد وفاء الدين ، كما هو واضح .

﴿ولو جرح﴾ مثلاً ﴿الموصي نفسه﴾ عمداً ﴿بما فيه هلاكها﴾ أي أحدث ذلك بها ليموت ﴿ثمّ أوصى﴾ بشيء من ماله ﴿لم تقبل وصيّته﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده ، بل عن الإيضاح : نسبته غير مرّة إلى الأصحاب[1] مشعراً بالإجماع عليه .

↑ ج ٢٨ / ٢٧٤

لصحيح أبي ولّاد المروي في الكتب الثلاثة[2] عن الصادق عليه السلام : «من قتل نفسه متعمّداً فهو في نار جهنّم خالداً فيها ، قلت : أرأيت إن كان أوصى بوصيّة ثمّ قتل نفسه من ساعته ، تنفذ وصيّته؟ فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت أُجيزت وصيّته في الثلث ، وإن كان أوصى بوصيّة بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت لم تجز وصيّته»[3] .

فما عن ابن إدريس من صحّة وصيّته[4] ، واضح الضعف على أُصولنا وإن نفى عنه البأس في محكيّ المختلف[5] واستحسنه في

---

(١) إيضاح الفوائد: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٤٧٩.

(٢) الكافي: الوصايا / باب من لا تجوز وصيّته ح ١ ج ٧ ص ٤٥، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب وصيّة من قتل نفسه ح ٥٤٧٠ ج ٤ ص ٢٠٢، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٥ وصيّة من قتل نفسه ح ١ ج ٩ ص ٢٠٧.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٥٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٧٨.

(٤) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٨.

محكيّ الروضة [١] وإيضاح النافع [٢] وكذا المسالك [٣].

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ اجتهاد في مقابلة النصّ المعمول به الجامع لشرائط الحجّيّة والعمل.

بل وكذا ما في القواعد: «ولو قيل بالقبول مع تيقّن رشده بعد الجرح كان وجهاً» [٤].

﴿و﴾ أغرب من ذلك قوله فيها أيضاً: «وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال» [٥]؛ إذ هو كما ترى.

نعم ﴿لو أوصى ثمّ قتل نفسه قُبلت﴾ وصيّته على حسب وصيّة غيره، بل لا إشكال كما لا خلاف أجده فيه [٦]؛ للصحيح السابق، مضافاً إلى الأُصول والعمومات.

ولا يقاس الأوّل عليه؛ لحرمته عندنا، مع إمكان إبداء الفرق: بأنّ الأوّل بفعله ذلك بنفسه كان كمن زال عقله لا تقبل وصيّته المتأخّرة، بخلاف الثاني الذي هو كمن زال عقله بعد إيصائه، بل ربّما جعل وجه النصّ ذلك.

أو أنّ عدم القبول في الأوّل لكونه غير مستقرّ الحياة.

أو لأنّ الثلث بالنسبة إليه كالإرث بالنسبة إلى غيره ممّن يُحرم من

---

(١) الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٢ ـ ٢٣.

(٢) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصي ج ٢٣ ص ٩٢.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصي ج ٦ ص ١٤٣.

(٤) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصي ج ٢ ص ٤٤٧.

(٥) المصدر السابق.

(٦) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصي ج ١٠ ص ٢٧٤.

الإرث بقتله المورو ث عمداً، فكذلك هذا يحرم من الثلث عقوبةً.

والجميع علل بعد السماع، وإن كان خيرها آخرها.

نعم، ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن، وهو الوصيّة في الثلث، أمّا غيره كمكان الدفن الذي لم يستلزم وصيّة في الثلث والولاية على الأطفال... ونحو ذلك فلا، ومن فعل ذلك عمداً دون الخطأ، ورجاءً لأن يموت دون غيره، من غير فرق في ذلك بين الجرح وغيره؛ للصحيح المزبور، فيندرج فيه من يقتل نفسه بالسمّ مثلاً.

↑ ج ٢٨ ٢٧٥

لكن هل يلحق به من ألقى نفسه إلى التهلكة؟ إشكال، أقواه عدم اللحوق للأصل، كما لا يلحق به من فعل ذلك بنفسه عمداً ليموت لكن لم يكن عاصياً؛ لكون ذلك جهاداً في سبيل الله، أو لأنّه كان غير مكلّف ثمّ ارتفع المانع.

ومحلّ البحث: ما لو مات بذلك، أمّا لو عوفي منه فأوصى فلا إشكال، بل لا يبعد صحّة وصيّته الأُولى إذا كان قد بقي مستمرّاً عليها بناءً على أنّ ذلك كالوصيّة المستأنفة، وإن كان لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدّد إنشاء تمليك، ولذا لو نسيها ولم يجدّدها لم تنفذ على الأقوى؛ لظهور الصحيح المزبور في عدم جواز وصيّته في الحال المفروضة وإن عوفي، لكن على معنى: عدم أثر للإيجاب المفروض دون المتجدّد بعد أن عوفي.

ودعوى: صحّة الإيجاب في نفسه وإن كان لو مات في ذلك الجرح لم يترتّب عليه أثر ـ أمّا إذا عوفي منه ثمّ مات أثّر أثره؛ إذ هو بحكم المراعى ـ يدفعها: ظهور إطلاق عدم الجواز في الصحيح بخلافها.

نعم، قد يقال: إنّ ظاهر الصحيح عدم الجواز من حيث كونه وصيّة للمجروح على حسب الأوّل من البرء منه[١]، أمّا لو أجاز الوارث فقد يقال بالصحّة؛ لعموم الأدلّة.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ إجازة الوارث تنفيذ كما ستعرفه في محلّه إن شاء الله، وهو يتوقّف على صحّة الوصيّة حتّى يتّجه التنفيذ.

وفيه: منع الدليل على عموم عدم الصحّة على وجهٍ لا تقبل التنفيذ، بل لعلّ إطلاق ما دلّ على الصحّة مع إجازة الوارث يقضي بخلافه، فلاحظ وتأمّل، هذا.

والظاهر عدم إلحاق التنجيز بالوصيّة، وإن اتّفق التعبير بها عنه في بعض الأحوال على ضرب من المجاز، اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ منع الشارع له من الوصيّة لعدم الثلث له، فيمتنع التنجيز أيضاً لذلك بناءً على أنّه منه، لكن لا يخلو من نظر، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿ولا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو﴾ من ﴿الجدّ للأب خاصّة﴾ الثابتة ولايتهما عليهم زمن الحياة على وجهٍ لهما الوصيّة بها نصّاً وفتوى، بل إجماعاً بقسميه[٢]، ولا ينافي ذلك انقطاعها حال عدم الوصيّة بها؛ ضرورة كونها حينئذٍ كالثلث الذي له

↑ ج ٢٨ / ٢٧٦

(١) في بعض النسخ بدلها: حينه.

(٢) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصي ج ٦ ص ١٤٤، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصي ج ٢٢ ص ٤١٦.

وذهب إلى ذلك في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٥٤ و٥٥، وقواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٣، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الرابع ص ١٨٠، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٩.

الوصيّة به ، فإن لم يفعل لم يكن له شيء .

بخلاف الحاكم الخاصّ[١] الذي ثبتت ولايته عليهم من حيث الحكومة منهم عليهم السلام المقيّدة زمن الحياة ، فهو شبه الوكيل عن الإمام عليه السلام بالنسبة إلى ذلك فينعزل بالموت ، خصوصاً بعد أن كان النصب للصنف الذي ثبت في حقّ الشخص باعتبار اندراجه فيه ، فإذا انعدم فرد قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعة الصنف الذي قد نصبه إمام الأصل [عليه السلام].

ولنحو ذلك لم يصحّ الوصيّة من الأب أو الجدّ له بالولاية مع وجود الآخر ولو على ثلث ماله ؛ باعتبار ثبوت الولاية للأب الصادق على كلّ منهما ، فمع فرض وجود مصداقه تنقطع ولاية الآخر بموته .

نعم ، لو كان الولاية منحصرة في أحدهما صحّ حينئذٍ الوصيّة بالولاية منه ، وليس هكذا الحاكم ؛ لأنّ إمام الأصل [عليه السلام] موجود في كلّ زمان ، ويتولّى الأمر عنه حينئذٍ حسبةً عدولُ المؤمنين ، فتأمّل .

وليس لوصيّ أحدهما عليهم الوصيّة بالولاية أيضاً إذا لم يكن قد نصّ الموصي الأوّل عليه بذلك ؛ لأنّه كالوكيل عنه ينعزل بموته ، لا أقلّ من الشكّ في كون ولايته الحاصلة له بنصب الأب أو الجدّ قابلة للإيصاء بها والأصل العدم ، والاستصحاب لا محلّ له في الفرض ، فترجع الولاية حينئذٍ إلى الحاكم .

---

(١) في بعض النسخ: المخصوص.

﴿ولا ولاية للأُمّ﴾ بلا خلاف معتدّ به[١]؛ للأصل ﴿فلا[٢] تصحّ الوصيّة منها[٣]﴾ حينئذٍ ﴿عليهم﴾.

خلافاً للإسكافي: فجعل الولاية لها مع رشدها بعد الأب[٤].

وضعفه واضح؛ لعدم الدليل على ولايتها، بل ظاهر الأدلّة خلافه.

وكون الولاية ثابتة لها على ثلثها فلها إخراجه عنهم، لا يقضي بثبوت الولاية لها عليهم بحيث لو أوصت بالثلث لهم ـ على وجهٍ يكون ملكاً لهم ـ أن تجعل أمره إلى غير وليّهم الشرعي؛ لعدم القدرة لها على ذلك، ضرورة رجوع ذلك إلى الشرع لا إليها، والثابت منه ما عرفت. وكذا الكلام في وصيّة الأب مع وجود الجدّ، وبالعكس.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لو أوصت لهم بمال، ونصبت﴾ لهم ﴿وصيّاً﴾ عليه وعلى ثلثها وقضاء ديونها ﴿صحّ تصرّفه في ثلث تركتها﴾ ممّا لم يرجع إلى الأطفال ﴿و﴾ كذا تصرّفه ﴿في إخراج ما عليها من الحقوق، ولم يمض[٥] على الأولاد﴾ لما عرفته من عدم الولاية لها عليهم.

↑ ج ٢٨ / ٢٧٧

ولا فرق في ذلك بين أن يقع الإيصاء منها بعبارة واحدة أو بعبارات متعدّدة؛ ضرورة كون الوصيّة أوسع من البيع الذي إذا تعلّق بما يصحّ

---

(١) انظر الهامش قبل السابق.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ولا.

(٣) تقدّمت هذه الكلمة على التي قبلها في نسختي الشرائع والمسالك.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤١٢.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: ولم تمض.

بيعه وما لا يصحّ فإنّه ينفذ في الأوّل دون الثاني وإن كان بصيغة واحدة، كما هو واضح.

ولو أوصت بثلثها لأطفالها على أن يبقى بيد الوصي ثمّ يملّكه لأطفالها بعد البلوغ، أو أوصت به على أن يصرف عليهم، ففي تسلّط الوصي دون الأب حينئذٍ إشكال: من عدم ملكيّتهم للمال فلا تسلّط لوليّهم عليه، ومن كونه حقّاً لهم والولي مسلّط عليه كالمال، وقد يفرّق بين الأوّل والثاني.

ولعلّ الأقوى الأوّل؛ لأنّه ولاية على التصرّف لا الطفل، فهو كالوقف منها عليهم ـ مثلاً ـ على أن يكون المتولّي له غير الولي، أو الوصيّة بذلك والوقف على البالغ الرشيد والمتولّي غيره، وستسمع أنّ الوصيّة أوسع من غيرها، فإنّ الوقف وإن كان هو على حسب ما يقفه أهله لكنّ الوصيّة تتعلّق بالمعدوم ونحوه، وقد استدلّ الإمام عليه السلام [1] بقوله [تعالى]: «فمن بدّله...» [2] في الوصيّة للمجوس وغيرهم على وجهٍ يظهر منه عموم مورد الوصيّة، وأنّه لا يجوز تبديله ما لم يعلم بطلانه.

فلاحظ وتأمّل؛ كي تعرف شمولها للفرض وغيره ولو التمليك على وجه مخصوص في الكبير الذي لا ولاية لأحد عليه وغيره، والله العالم.

---

(١) فقه القرآن: الوصيّة المبهمة ج ٢ ص ٣١٥، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ إلى باب ٣٥ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧ فما بعدها.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨١.

الفصل ﴿الثالث﴾

﴿في الموصى به﴾

﴿وفيه أطراف﴾ :

[الطرف] ﴿الأوّل: في متعلّق الوصيّة﴾

﴿وهو إمّا عين﴾ موجودة فعلاً ﴿أو﴾ متوقّعة، كحمل الدابّة والجارية ونحوهما، بل وإن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكناً، وإمّا ﴿منفعة﴾ كذلك ولو حقّاً قابلاً للنقل والانتقال كحقّ التحجير[1].

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يعتبر فيهما[2] الملك﴾ للموصي؛ على معنى: قابليّته لذلك وإن لم يكن مملوكاً فعلاً، كما يومئ إليه التفريع ونحوه ﴿فلا تصحّ بـ﴾ :

ما لا يدخل في ملك أحد أصلاً؛ كـ ﴿الخمر﴾ الغير المحترمة، بخلاف المحترمة كالمتّخذة للتخليل ﴿ولا﴾ بـ ﴿الخنزير ولا﴾

---

(١) في بعض النسخ: الحجر.

(٢) في نسخة الشرائع: فيها.

ج ٢٨ / ٢٧٨

بـ ﴿كلب[1] الهراش﴾ بخلاف الكلاب الأربعة والجرو القابل للتعليم التي هي مملوكة ولها منفعة مباحة ودية كما مرّ البحث فيها سابقاً[2] ﴿ولا ما لا نفع﴾ معتدّ به ﴿فيه﴾ ولا بآلات اللهو من حيث كونها كذلك ملاحظاً اسمها... ونحو ذلك.

لما عرفت من أنّ الوصيّة التمليكيّة قسم من العقود أو الأسباب المملّكة، فلا تتعلّق بما لا يقبل الملك بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به في الرياض[3].

بل حَكَى فيه عن التذكرة الإجماع عليه وعلى جواز الوصيّة بالكلاب الأربعة، معلّلاً ذلك بـ«أنّ فيها نفعاً مباحاً وتقرّ اليد عليه والوصيّة تبرّع تصحّ في المال وغير المال من الحقوق، وأنّه تصحّ هبته فتصحّ الوصيّة به كالمال»[4].

قيل: «ويستفاد منه جواز الوصيّة بكلّ ما فيه نفع محلّل مقصود وإن لم يجز بيعه كالفيل ونحوه على القول بالمنع عن بيعه، وبه صرّح في التذكرة في المثال وغيره»[5].

قلت: لعلّ ذلك كلّه لعموم أدلّة الوصيّة؛ ولذا جاز تعلّقها بالمعدوم الذي هو غير قابل لتعلّق صفة الملك به ـ لولا الدليل ـ حتّى ما كان منه

---

(١) في نسخة الشرائع: الكلب.

(٢) في ج ٢٣ ص ٢٢٦...

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٤٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٣ (الطبعة الحجرية).

(٥) رياض المسائل: (انظر الهامش قبل السابق).

غير معتاد الوجود ، وبالحقوق ونحوها ، ويمكن إرادة ما يشمل ذلك من الملك في المتن وغيره[١].

فتصحّ الوصيّة حينئذٍ بالعين التي لا تدخل في الملك لكن للمستولي عليها حقّ اختصاص بها ، على معنى الوصيّة بذلك الحقّ الذي للموصي ، وكذا حقّ التحجير .

نعم ، هي لا تتعلّق بما لا يقبل النقل من الحقوق لغير الوارث ، كحقّ القذف ونحوه ممّا يراد به التشفّي الذي هو للوارث دون الموصى له .

ويخرج باعتبار الملك أيضاً : ما كان ملكاً للغير وإن أجاز ، بناءً على عدم كون ذلك شبه الفضولي ؛ ضرورة كون ذلك وصيّة عن الغير بماله ، كما لو قال قائل : «مال زيد لعمرو بعد وفاته» ثمّ أجاز زيد ، لا أنّه يقول : «مال زيد لعمرو بعد وفاتي» ثمّ يجيز زيد ، فإنّه لا دليل على مشروعيّة ذلك ، كما هو واضح .

والوصيّة بالأزيد من الثلث ـ مع أنّ الحقّ كون الإجازة من الورثة تنفيذاً كما ستعرف ؛ بمعنى : أنّه لا يدخل في ملك الوارث مع إجازته ـ خارج[٢] بالدليل ولا يقاس عليه غيره ، فما عن الدروس : من احتمال الصحّة[٣] واضح الضعف ، وإن قوّاه بعض مشايخنا[٤] .

نعم ، عن التذكرة : احتمال صحّة الوصيّة بملك الغير إذا قيّده

(١) كإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٢) في بعض النسخ: خارجة.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١١.

(٤) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

↑ ج ٢٨ / ٢٧٩

بتملّكه[١]. وفي القواعد: «ولو قال: إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به للفقراء، احتمل الصحّة؛ لأنّه أولى من الوصيّة بالمعدوم»[٢]، مع أنّه لا يخلو من نظر أو منع يعرف ممّا قدّمناه سابقاً، وهو بطلان التعليق على غير الموت للوصيّة.

نعم، قد يقال بصحّته لو قال: «إن متّ مالكاً لذلك فثلثه للفقراء» مثلاً، نحو ما سمعته في مثل «إن متّ حرّاً» أو «في سفري هذا».

قيل: «وكذا يخرج باعتباره: ما لا يقصد ملكه عادةً لحقارته كفضلة الإنسان، أو لقلّته كحبّة الحنطة، ولعلّ ذلك ونحوه الذي أشار إليه بقوله: ولا ما لا نفع فيه»[٣].

لكن قد يقال: إنّ ما لا نفع معتدّ به فيه غالباً إذا اتّفق حصول النفع به يختصّ به من استولى عليه، بل لعلّ حقّ الاختصاص به ثابت له مطلقاً؛ لصدق الظلم على من انتزعه منه قهراً، فتصحّ الوصيّة بهذا الحقّ، بل مثل حبّة الحنطة مملوكة قطعاً، وإن كان لا يصحّ المعاوضة عليها للسفه المفقود في الوصيّة؛ لعدم العوض فيها، مع أنّه قد يحصل النفع بها للفخّ ونحوه.

وبالجملة: عمومات الوصيّة شاملة لذلك كلّه ولكلّ حقّ قابل للنقل ولو بصلح أو شرط، سواء حرم التكسّب به أو لا، بل يظهر من كلام

---

(١) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ (الطبعة الحجرية).

(٢) هذه العبارة وردت في الدروس الشرعيّة: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٣) مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٢٤٨، وانظر مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٤٦.

بعضهم[١] شدّة التوسعة في الوصيّة؛ حتّى أنّه ربّما صحّحوا النقل بها لما لا يجوز نقله إلّا بها كبعض المعدومات.

بل لعلّ الضابط فيها: تعلّقها بكلّ شيءٍ إلّا ما علم خلافه، كما عساه يشهد له استدلاله عليه السلام[٢] بصحّة الوصيّة للمجوس وغيرهم بقوله تعالى: «فمن بدّله ...»[٣] إلى آخره.

ولذا صحّت بالمعدوم والمجهول ـ حتّى مثل أحد العبدين ـ وغير المقدور على تسليمه كالآبق ونحوه، بل وما ليس مالاً ممّا فيه نفع معتدّ به كالزبل للتسميد ـ المصرّح به في قواعد الفاضل[٤] وغيرها[٥] ـ ونحوه وغير ذلك ممّا يدلّ على التوسعة في متعلّق الوصيّة ما لم يعلم العدم.

وإن كان بعضه لا يخلو من نظر، بل صرّح في الدروس: بالمنع من الوصيّة بالسرجين النجس والحشرات[٦] التي تقدّم في المكاسب[٧] بعض الكلام في ثبوت حقّ أو ملك بالاستيلاء عليها مطلقاً أو حال الاحتياج إليها.

وكالوصيّة بحقّ الخيار مجرّداً عمّا فيه الخيار، فإنّه وإن كان يورث

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٥.

(٢) انظر هامش (١) من ص ٥٩٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) كجامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠٠.

(٧) في ج ٢٣ ص ١٩ و٦٦ و٢٣٩.

لكنّ انتقاله بالوصيّة أو غيرها من النواقل مشكل. نعم، يصحّ الصلح عنه إسقاطاً.

بل لو أوصى بالعين التي له الخيار فيها يشكل انتقال الخيار للموصى له؛ لأنّه من توابع العقد دون العين.

وربّما حكي عن بعض المحقّقين ممّن قارب عصرنا: جواز نقل حقّ الخيار بالصلح مثلاً، على أن يكون الثمن والمثمن لمن انتقل إليه الخيار. وهو مشكل من وجوه.

ج ٢٨ / ٢٨٠

وكذا النظر في اعتبار بعض ما أوصى به ممّا ليس بمتقوّم ـ لعدم كونه مالاً ـ بالنسبة إلى الثلث، فهل يفرض القيمة لها نحو فرض الحرّ عبداً، أو يجعل قيمة منفعته قيمته، أو يرجع إلى العدد؟

وقد يحتمل عدم اعتبار الثلث في مثل الفرض؛ حملاً لما دلّ على ذلك على غير الفرض، وإبقاءً لعموم الوصيّة على حالها، فلو فرض عدم مال له إلّا ذلك نفذت الوصيّة من دون شيء للوارث، بل ولا لذي الدين؛ لأنّ الفرض عدم كونه مالاً يتعلّق به الدين على وجهٍ يكون وفاءً عنه، هذا.

وقد وقع للفاضل في القواعد[1] في الفرض ونظائره ما هو محلّ للنظر أو المنع، بل منه غير المنطبق على اُصولنا، فلاحظ وتأمّل.

ثمّ إنّ إطلاق المصنّف وغيره[2] عدم جواز الوصيّة بالخمر والخنزير

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢) كالعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

يقتضي عدم الفرق بين كون الموصي والموصى له مسلمين، أو كافرين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً، ولعلّه كذلك؛ لتكليف الكافر بالفروع كالمسلم، وإن كنّا مأمورين بإقرارهم وإلزامهم بما ألزموا به أنفسهم ومعاملتهم على ما عندهم، لكنّ ذلك كلّه لا يقتضي الصحّة، ولعلّه بذلك يجمع بين العبارات، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿يتقدّر كلّ واحد منهما﴾ أي العين والمنفعة ﴿بقدر ثلث التركة فما دون، و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصّة، إلّا أن يجيز الوارث﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه[1]، والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة[2].

فما عن عليّ بن بابويه: من عدم تقديرها بذلك، بل لو أوصى بماله كلّه نفذ[3]؛ تمسّكاً بـ:

الرضوي: «فإن أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله، ويلزم الوصي إنفاذ وصيّته على ما أوصى به»[4].

والخبر: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كلّه

(١) ينظر الخلاف: الوصايا / مسألة ١٢ ج ٤ ص ١٤٣، وغنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦، وفقه القرآن: الوصايا / باب الحثّ على الوصيّة ج ٢ ص ٣٠١، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٣٩٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ و١١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٧١ فما بعدها.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٢٩٣.

(٤) فقه الرضا عليه السلام: باب ٥١ الوصيّة للميّت ص ٢٩٨.

فهو جائز»[١].

وفي آخر: «رجل أوصى بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمّد عليه السلام، فكتب إليه، جعلت فداك، رجل أوصى إليّ بجميع ما خلّف لك وخلّف ابنتَي أُخت له، فرأيك في ذلك، فكتب إليّ: بع ما خلّف وابعث به، فبعت وبعثت به إليه، فكتب إليّ: قد وصل»[٢].

ج ٢٨ / ٢٨١

ونحوه غيره، مؤيّداً ذلك كلّه بالإطلاقات.

واضح الضعف؛ لقصور ذلك كلّه عن مقاومة ما عرفت من وجوه عديدة.

بل احتمل[٣] كون المراد من عبارة المخالف ومستنده: أنّه يجب صرف المال الموصى به بجميعه على حسب ما أوصى؛ من حيث وجوب العمل بالوصيّة وحرمة تبديلها بنصّ الكتاب والسنّة، حتّى يعلم فسادها وبطلانها ولو بالجور فيها على الوارث وإرادة حرمانه من التركة، ومجرّد احتمال ذلك غير كافٍ.

فإذا وقع من الموصي الوصيّة بأزيد من الثلث ولم نعلم الوجه في

---

(١) الكافي: الوصايا / باب أنّ صاحب المال ح ٢ ج ٧ ص ٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ٦ ج ٩ ص ١٨٧، وسائل الشيعة: باب ١٧ من كتاب الوصايا ح ٥ ج ١٩ ص ٢٩٨.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٧ ج ٩ ص ١٩٥، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر ح ١٨ ج ٤ ص ١٢٣، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ١٦ ج ١٩ ص ٢٨٠.

(٣) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٢.

ذلك ـ ولعلّه كان لحقٍّ له عليه أو غيره ـ وجب إنفاذها وحرم تبديلها؛ حملاً لها على الوصيّة النافذة، وعملاً بتلك الإطلاقات، ولأنّه أعلم بما فعل، وهذا غير جواز الوصيّة بالزيادة على الثلث تبرّعاً[1] الذي هو محلّ البحث.

فيكون الحاصل: وجوب إنفاذ الوصيّة ـ وإن زادت ـ حتّى يعلم أنّها وقعت تبرّعاً، فتتوقّف حينئذٍ على الإجازة.

وفي الرياض: «أنّ هذا التوجيه إن لم يكن ظاهراً من عبارته فلا أقلّ من مساواة احتماله لما فهموه منها، فنسبتهم الخلاف إليه ليس في محلّه، وعليه نبّه في التذكرة، فلا خلاف من أحد حينئذٍ في المسألة»[2].

قلت: لكن قد يقال أوّلاً: بمنع المحمول عليه بعدم مشروعيّة صورة تصحّ فيها الوصيّة ـ التي هي بمعنى التمليك بعد الموت ـ بأزيد من الثلث من دون إجازة الوارث حتّى في صورة النذر وأخَوَيه؛ لظهور الأدلّة في اشتراط صحّة الوصيّة بعدم الزيادة على الثلث إلّا مع[3] إجازة الوارث، فلا ينعقد النذر على غير المشروع.

واحتمال اشتغال ذمّة الموصي بمال للموصى له، لا يجدي في صحّة الوصيّة بالمعنى المزبور؛ ضرورة عدم كون ذلك وفاءً له بعد فرض كون المراد تمليكه إيّاه بالوصيّة دون الوفاء.

---

(١) في بعض النسخ بدلها: شرعاً.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: إمكان.

كما أنّ احتمال فرض غير ذلك يقتضي خروج المسألة عن الفرض الذي هو تمليك الزائد على الثلث بالوصيّة من دون إجازة.

ومن هنا[1] يظهر لك: أنّه لا وجه لتقسيم الوصيّة إلى التبرّعيّة وغيرها، فتعتبر إجازة الوارث في الأُولى دون الثانية.

وثانياً: ـ بعد التسليم ـ بظهور النصوص كما لا يخفى على من لاحظها في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة بمجرّد اشتمال الوصيّة على الأزيد من الثلث، فيكون الأمر على العكس فيما ذكره الموجّه؛ ضرورة كون المدار: الحكم بذلك حتّى يعلم أنّ صدورها منه لسبب من الأسباب التي توجب الإخراج من الأصل؛ عملاً بظاهر ما دلّ على تعلّق حقّ الوارث بالزائد من الثلث حتّى يعلم خلافه، وأصالة النفوذ في الوصيّة ـ بعد تسليمها ـ إنّما هي حيث لا تعارض حقّ الغير.

↑ ج ٢٨ ـ ٢٨٢

ومن هنا قد اشتملت جملة من النصوص قولاً وفعلاً على ردّ الوصيّة الزائدة عن الثلث إليه بمجرّد صدورها من الموصي كذلك ما لم يعلم سبب من أسباب التعلّق بالأصل ولو من إقراره، ولعلّ ذلك هو الأقوى؛ ترجيحاً لهذه الأدلّة على تلك الأدلّة، وإن سلّم كون التعارض بينهما من وجه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوص المقام متدبّراً فيها، والله العالم.

كما أنّ منها يعلم أيضاً: عدم اعتبار قصد الموصي الثلث في تنزيل

(١) في بعض النسخ: ذلك.

وصيّته عليه، فلو أوصى بشيء ينطبق عليه أو يقصر عنه صحّ ونفذ منه وإن لم يكن قد قصد ذلك، بل وإن قصد من الأصل.

نعم، لو أوصى بشيء بعد أن أوصى بالثلث مثلاً، مصرّحاً بإرادة إخراجه من الأصل، كان ذلك موقوفاً على الإجازة من الوارث وإن وسعه الثلث؛ لأنّه قد قصد إخراجه من الأصل على وجهٍ لا يعارض ما أوصى به أوّلاً إلّا بما يخصّه من التقسيط الذي هو ـ في الحقيقة ـ رجوع به عن الوصيّة الأُولى، كما لو صرّح بإخراجه من الوارث وسلامة ثلثه منه.

فمحلّ التعلّق بالثلث في الفرض: الوصيّة المقصود خروجها منه أو المجرّدة عن قصد ذلك وقصد خلافه.

والوجه في الأوّل واضح، بل الثاني أيضاً؛ ضرورة التمكّن من إنفاذ الوصيّة فيه، ولصدور السبب من الموصي وله محلّ قابل للتعلّق به فيعمل عمله؛ إذ الأصل في الأسباب ترتّب مسبّباتها عليها ما لم يحصل لها معارض.

واحتمال: البطلان في الوصيّة في الفرض، منافٍ لإطلاق أدلّتها المقتضي لصحّتها، كما هو واضح، وربّما تسمع له زيادة تحقيق إن شاء الله.

ولا فرق فيما ذكرنا بين الوصيّة بالحصّة المشاعة كالربع والنصف، وبين الوصيّة بشيء معيّن كالفرس والعبد ونحوهما.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كانوا﴾ أي الورثة ﴿جماعة فأجاز

↑ بعضهم، نفذت الإجازة في قدر حصّته من الزائد[١]﴾ لحصول المقتضي بالنسبة إليه وارتفاع المانع.

ج ٢٨ / ٢٨٣

ولا يقدح هنا التبعيض كما لا يقدح في غيرها من العقود، مثل بيع مال الغير إذا كان لمتعدّدين فأجاز بعضهم وامتنع الآخرون، وكذا لو أجاز الجميع البعض أو البعض البعض؛ لاتّحاد الجميع في المدرك كما هو واضح.

فلو فرض كون الوارث ابناً وبنتاً وأوصى بنصف ماله، فإن أجازا معاً فالمسألة من ستّة؛ لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً، وإن ردّا معاً فالمسألة من تسعة؛ لأنّ لهما ثلثي التركة أثلاثاً، فأصلها ثلاثة، ثمّ تنكسر عليها[٢] في مخرج الثلث ولا وفق.

وإن أجاز أحدهما ضربت وفق إحدى المسألتين ـ وهو الثلث ـ في الأُخرى، تبلغ ثمانية عشر، للموصى له الثلث بغير إجازة ستّة، ولهما الثلثان اثنا عشر أثلاثاً، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد، وهو سهم من البنت وسهمان من الابن؛ إذ لو أجاز الابن لكان له ستّة من الثمانية عشر، ومعه من الاثني عشر ثمانية، فيدفع إلى الموصى له سهمين، ولو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر، ومعها أربعة، فيدفع[٣] سهماً.

فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما: تسعة هي النصف، وعلى

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: الزيادة.

(٢ و٣) في المسالك ـ التي أُخذت العبارة منها ـ: عليهما... فتدفع.

تقدير إجازته خاصّة : ثمانية ، وعلى تقدير إجازتها خاصّة : سبعة ، وقس عليه ما يرد عليك من نظائره .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ ﴿إجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة﴾ إجماعاً بقسميه [١] ونصوصاً [٢] .

﴿وهل تصحّ قبل الوفاة؟ فيها [٣] قولان [٤] ، أشهرهما أنّها تلزم [٥] الوارث﴾ بل هو المشهور [٦] ، بل عن الشيخ : الإجماع عليه [٧] .

للصحيحين : «رجل أوصى بوصيّة وورثته شهود فأجازوا ذلك ، فلمّا مات الرجل نقضوا الوصيّة ، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصيّة جائزة عليهم . . .» [٨] .

ونحوهما غيرهما ممّا هو مؤيِّد :

---

(١) ينظر قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٦، والدروس الشرعيّة: الوصيّة/ درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠١، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٠، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٣.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٧٥، وانظر مفهوم النصّ الآتي.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: فيه.

(٤) في متن نسخة الشرائع بدلها: روايتان.

(٥) في نسخة الشرائع: أنّه يلزم.

(٦) نقلت الشهرة في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٥، والحدائق الناضرة: الوصايا/ في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٢٤.

(٧) الخلاف: الوصايا / مسألة ١٤ ج ٤ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٨) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب فيمن أوصى بأكثر من الثلث ح ٥٤٦١ ج ٤ ص ٢٠٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ٧ و٨ ج ٩ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: باب ١٣ من كتاب الوصايا ح ١ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

بعموم الأدلّة الدالّة على وجوب إمضاء الوصيّة وكون الإرث بعدها، خرج منها ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي.

وبأنّ المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنّما هو لحق الورثة، وهو متحقّق في حال الحياة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقّهم.

ج ٢٨ / ٢٨٤

وبأنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة؛ لأنّه إن برئ كان المال له، وإن مات كان للورثة، فإن كان للموصي فقد أوصى به، وإن كان للورثة فقد أجازوه.

ولأنّ التعليق الذي في الوصيّة ليس للإنشاء فيها كي لا يقبل القبول والإجازة، بل هو لحصول الأثر فيها، وإلّا فالإنشاء حاصل الآن فعلاً، نحو الأوامر المعلّقة والنذور كذلك، فإنّ المعنى الإنشائي فيها حاصل عند حصولها، ولذا لم يحتج المأمور بأمرٍ معلّقٍ على شيء إلى أمر جديد عند حصول المعلّق عليه، ولم يجز إتلاف المنذور قبل حصول المعلّق عليه.

وكذلك ما نحن فيه؛ فإنّ المراد من قولنا: «هذا لزيد بعد وفاتي» إنشاء هذا التمليك المعلّق، فيقبل القبول والإجازة وغيرهما، لا أنّ المراد تعليقه على وجهٍ لا يقبل القبول والإجازة إلّا بعد الموت.

ودعوى: تسليم ذلك، وأنّ الامتناع في إجازة الوارث باعتبار عدم حقّ له الآن، فلا تؤثّر أثراً، لا من حيث تعليق الوصيّة.

يدفعها: أنّه لا إشكال في استحقاق الوارث من حيث الإرث، بل ينبغي القطع به حال المرض نحو استحقاق صاحب الدين في مال

المفلّس ونحوه، كما أنّه لا إشكال في كون الوصيّة تصرّفاً يظهر أثره مقارناً لاستحقاقه؛ ولذا لاحظه الشارع بالنسبة إلى الثلث والثلثين، ومرجع إجازته رضاؤه بكونه غير وارث بالنسبة إلى ما تعلّق به الوصيّة، وهذا شيء قابل للوقوع منه حال حياة الموصي، وستعرف أنّ إجازة الوارث تنفيذ، لا ابتداء هبة، والمراد به ما عرفت.

وحينئذٍ فيتّضح وجه ما سمعته من النصّ والفتوى من تحقّق الإجازة حال الحياة وترتّب أثرها عليه.

نعم، مقتضى ما ذكرناه قابليّة الوصيّة للردّ من الموصى له كالقبول؛ لاشتراكهما في المعنى المزبور، إلّا أنّه للدليل لم يكن أثر للردّ في الحياة، وأنّ القبول بعده وبعد الموت مجدٍ كما عرفته في محلّه.

وأمّا هنا فقد صرّح غير واحد أيضاً: بأنّ عدم الإجازة من الوارث حال الحياة لا ينافي ترتّب أثرها عليها بعد الوفاة لو تحقّقت بعد الردّ المزبور[1]؛ لاندراجها في إطلاق الوصيّة، ولأنّ حاصل الردّ المزبور أنّه لم يرض بخروجه عن الإرث بالنسبة إلى ما أوصى به الموصي، فإذا رضي بعد ذلك لم يكن منافياً للسابق في ذلك الزمان الذي في الحقيقة حاله كحال الزمان الذي لم يعلم الوارث بالوصيّة فيه، أو علم ولم يتعرّض للإجازة وردّها.

وليس هو كإجازة الفضولي في عقد البيع التي مرجعها إلى قبول

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٤٩، رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٤.

العقد وعدمه، فإذا ردّه لم يجد قبوله بعد ذلك لتحقّق الانفساخ فيه، كما أنّه إذا قبله لم يُجدِ ردّه بعد ذلك.

ج ٢٨ / ٢٨٥

بخلاف الإجازة في المقام التي مبناها رضا الوارث بعدم كونه وارثاً، أو رضاه بكونه وارثاً، وأمّا قبول العقد وردّه فهو للموصى له لا له. مضافاً إلى ما سمعته سابقاً من عدم كون الوصيّة عقداً حقيقةً، وإنّما هي كالعقد في بعض الأحكام.

ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ ما عن المقنعة [١] والمراسم [٢] والسرائر [٣] والوسيلة [٤] والجامع [٥] والإيضاح [٦] وشرح الإرشاد [٧]: من عدم نفوذها حال الحياة، فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصي.

ضعيف؛ إذ لو سلّم أنّ ذلك مقتضى القواعد، لكنّه لا يعارض ما عرفت من الأدلّة المعتبرة المعمول بها بين الأصحاب.

نعم، ربّما خصّ بعضهم: نفوذ الإجازة حال مرض الموصي لا حال صحّته [٨]، مع أنّه منافٍ لما عرفته من إطلاق النصّ والفتوى أيضاً.

---

(١) المقنعة: الوصيّة / باب الوصيّة بالثلث ص ٦٧٠.

(٢) المراسم: أحكام الوصيّة ص ٢٠٣.

(٣) السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٥.

(٤) الوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٥.

(٥) الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٤.

(٦) إيضاح الفوائد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

(٧) شرح الإرشاد: الوصايا / في الموصى به ص ٧٠ (مخطوط).

(٨) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٤ ـ ١١٥.

وكذا ما عن بعضهم: من الجمع بين القولين بالتفصيل بين غناء الوارث وفقره، فإن كان الوارث غنيّاً وقد أجاز بلا استدعاء من الموصي لم يكن له الرجوع، وإن كان فقيراً ودعاه الموصي إلى الإجازة فأجاز حياءً كان له الرجوع[1].

فإنّه ـ كما ترى ـ واضح الفساد، بل لا يوافق أُصول الإماميّة وقواعدهم، فضلاً عن إطلاق النصّ والفتوى هنا اللذين مقتضى الثاني منهما ـ بل وبعض الأوّل ـ أنّه ليس للوارث الرجوع عن إجازته حال حياة الموصي فضلاً عن الرجوع بعد وفاته. وفي محكيّ الإيضاح[2]: الاعتراف بأنّ ظاهر الفتوى ذلك، وأنّه قد يفهم من الرواية ما يدلّ عليه[3].

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق بين الإجازة بعد الوصيّة وبين الإذن فيها سابقاً، كما لا فرق في ذلك أيضاً بين الوصيّة التمليكيّة والعهديّة كالوصيّة بالوقف والعتق ونحوهما، والله هو العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ ﴿إذا وقعت﴾ الإجازة ﴿بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصي﴾ وتنفيذاً له، بلا خلاف أجده بيننا[4]، بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه[5]، بل هو من المقطوع به لو وقعت حال

---

(١) كشف الرموز: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٨٤ (نقلاً عن صاحب الرائع).

(٢ و٣) أي إيضاح النافع كما نقله في مفتاح الكرامة: الوصايا/في الموصى به ج ٢٣ ص ٢٩٢.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوصايا/في الموصى به ج ٦ ص ١٥١، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٣، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٢٥.

(٥) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١١، مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٨ ج ٣ ص ٢٢٥، رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٥.

الحياة بناءً على اعتبارها ، بل وكذا الحال في إجازة المنجّز بناءً على كونه كالوصيّة في خروج الزائد من الثلث بالإجازة ﴿وليس﴾ ذلك ﴿بابتداء هبة﴾ من الوارث كما عن بعض العامّة[1].

وحينئذٍ ﴿فلا تفتقر صحّتها إلى قبض﴾ ولا يجري عليها أحكام الهبة التي أطنبوا هنا في ذكرها تفريعاً على القولين ؛ ضرورة كون مفادها الرضا بما فعله الموصي ، من كون ما أوصى به لمن أوصى له ، وأنّه خارج عن إرث ورثته ، كما لا يخفى على من له أدنى نظر .

↑ ج ٢٨ / ٢٨٦

وأولى من ذلك العتق ونحوه ، فإنّ الوصيّة بالمعنى الأعمّ ـ التي هي موضوع البحث هنا ـ لا تختصّ بالتمليكيّة ، كما يظهر ذلك ممّا ذكروه من الفروع في المقام ، كما أنّه يظهر منهم عدم الفرق بينها وبين المنجّز بناءً على توقّف الزائد على الثلث فيه على الإجازة ، ومن المعلوم عدم كونها صيغة عتق مثلاً .

نعم ، لو كان التردّد بين ذلك وبين احتمال كون الإجازة من الوارث بعد ملكه للموصى به بموت الموصي ، وأنّها من إجازة مالك نحو إجازة الفضولي وغيرها ـ كما هو مقتضى ما دلّ على ملك الوارث بموت مورّثه ما تركه له ، ويلتزم حينئذٍ للجمع بين الأدلّة بترتّب ملك الموصى له على ملك الوارث ترتّباً ذاتيّاً لا زمانيّاً ، فلا ينافي ذلك حينئذٍ إرادة الموصي ملك الموصى له بالموت ، نحو ملك الولد الوالد الذي ينعتق عليه ـ لكان له وجه في الجملة .

---

(١) المجموع: ج ١٥ ص ٤٠٤.

وإن كان الأقوى خلافه أيضاً؛ لظهور أدلّة بعض أفراد الوصيّة فيما يراد منها من خروج الوارث عن إرث ما أوصى به، فهي حينئذٍ كالمقيّدة لأدلّة الإرث، خصوصاً بعد ظهور الأدلّة أيضاً في كون الموصى له يتلقّى من الموصي، لا الوارث.

نعم، هو كذلك في البعض الآخر منها، وهو ما لا ينافي ملكيّة[1] الوارث وإن كان بقدر الثلث، كما في الوصيّة العهديّة أو التمليكيّة التي يجب على الوارث تنفيذها وإن كان مالكاً، كما يجب عليه وفاء الدين كذلك إذا كانت بقدر الثلث أو أزيد مع الإجازة.

ولا ريب في كون الإجازة حينئذٍ نحو إجازة الفضولي، وليست تنفيذاً بالمعنى الذي ذكره الأصحاب الذي فرّعوا عليه إجازة المفلّس والسفيه ونحوهما.

كما أنّه لا ريب في عدم كون المراد من القول المقابل للتنفيذ أنّ الإجازة نفسها هبة أو عتق أو نحو ذلك؛ ضرورة أنّ الرضا بما فعله الموصي من الإيصاء الشامل للعهد وغيره ليس عقد هبة أو عقد بيع مثلاً أو إيقاع عتق؛ ولذا لم يذكر أحد مثل ذلك في الفضولي لا على القول بالكشف ولا على القول بالنقل.

فلابدّ من حمله على ما ذكرناه، وإلّا كان واضح البطلان، كما أنّه لابدّ من تنقيح المسألة على الوجه الذي قلناه.

وبه يظهر لك النظر في كثير من الكلمات، فلاحظ وتأمّل؛ حتّى

---

(١) في بعض النسخ: ما لا يتنافى وملكيّة.

ج ٢٨ / ٢٨٧ ما ذكروه في التنجيز وأنّه في الزائد على الثلث كالوصيّة في البحث المزبور، والله العالم والهادي.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الإجازة لا تصحّ من المجنون والصبي، وتصحّ من المفلّس حال حياة الموصي، وفي الروضة: «في صحّتها بعد موته وجهان، مبناهما: على أنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث وبالإجازة تنفذ عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت؟ وعلى الأوّل لا تنفذ لتعلّق حقّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة، وعلى الثاني يحتمل الأمرين، وإن كان النفوذ أوجه»[١].

لكنّك خبير بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الإجازة تنفيذاً، والمراد به: الرضا بالخروج عن كونه وارثاً بالنسبة إلى الموصى به، وأنّ مقابله ما يحكى عن العامّة: من كونه ابتداء هبة[٢]. ومن هنا بنى المسألة في محكيّ التذكرة عليهما فقال: «إن قلنا: إنّها تنفيذ صحّت إجازته[٣]، وإن قلنا: إنّها هبة لم تصحّ؛ لأنّه ليس له هبة ماله»[٤].

وأمّا السفيه: ففي القواعد[٥] ومحكيّ غيرها[٦]: إطلاق المنع من إجازته.

---

(١) الروضة البهيّة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٢) تقدّم في ص ٦٠٨.

(٣) في المصدر بدلها: الوصيّة.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٥) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٧.

(٦) كتحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٢، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٥، ورياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٤.

لكن قد يقال: إنّه كالمفلّس بالنسبة إلى ذلك؛ لعدم كونه مالكاً في حال الحياة، بل لم يتصرّف في المال بعد الوفاة، وإنّما رضي بعدم كونه وارثاً، وهو ليس تصرّفاً ماليّاً حتّى يمنع منه.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه ممنوع ممّا يشمل مثل هذا التصرّف، لكن يأتي احتمال مثله في المفلّس، ولعلّ ذلك هو الوجه في الأمرين اللذين في الروضة.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف[1] ولا إشكال في أنّه ﴿يجب﴾ على الوصي أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافّة الناس لكن على الكفاية ﴿العمل بما رسمه الموصي﴾ ممّا أوصى به ﴿إذا لم يكن منافياً للشرع[2]﴾ وإن كان إنّما يعتبر ذلك إذا كان بقدر الثلث أو أزيد إذا أجاز الوارث.

﴿ويعتبر الثلث[3] وقت الوفاة﴾ أي ﴿لا وقت الوصاية[4]﴾ الذي هو ليس زمان الملك، بلا خلاف أجده فيه[5]، بل الإجماع محكيّ عن

---

(١) ينظر تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٢، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٢، وكفاية الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٩٩ ج ٣ ص ١٩٧.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: للمشروع.

(٣) في بعض النسخ: «﴿والمدار فيه﴾ أي الثلث على...».

(٤) في بعض النسخ: الوصاة.

(٥) صرّح بالحكم في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٤، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الثاني ص ١٧٨، وكفاية الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

الخلاف [١] ـ إن لم يكن محصّلاً ـ عليه.

﴿فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصيّة، ثمّ افتقر عند الوفاة، لم يكن بإيساره [٢] اعتبار، وكذلك لو كان في حال الوصيّة فقيراً ثمّ أيسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره﴾ والمخالف في ذلك بعض الشافعيّة [٣].

ج ٢٨ / ٢٨٨

نعم، قال ثاني المحقّقين [٤] والشهيدين [٥]: «هذا إنّما يتمّ بغير إشكال لو كانت الوصيّة بمقدار معيّن كمائة دينار، أو بشيء معيّن كدار معيّنة أو شقص منها، أو كانت بجزء مشاع كالثلث وكانت التركة حين الوصيّة أزيد منها حال الوفاة».

«أمّا لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجدّدة؛ لأصالة عدم التعلّق، وشهادة الحال بأنّ الموصي لا يريد ثلث المتجدّد حيث لا يكون تجدّده متوقّعاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً».

وزاد أوّلهما أنّه «قد تقدّم الإشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن، فإنّ استحقاق ابن الابن لا يخلو

---

(١) الخلاف: الوصايا / مسألة ٥٠ ج ٤ ص ١٦٦.

(٢) في بعض النسخ: بيساره.

(٣) المجموع: ج ١٥ ص ٤١٢ ـ ٤١٣، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٤٧، الوجيز: ج ١ ص ٢٧١.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٦.

(٥) الروضة البهيّة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٣٧ ـ ٣٨، مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٣.

من تردّد»[١].

بل قال: «إنّه قد يتوقّف في دية العمد من حيث تجدّد ثبوتها بعد الموت»[٢].

كما أنّه أورد أيضاً على العبارة وما شابهها بأنّه «ربّما تلف بعض التركة بعد الموت وقبل قبض الوارث إيّاها، فلا يحسب ذلك على الوارث، ويصير الثلث أقلّ، وربّما تجدّد بعد الموت دية نفس أو طرف بصلح ونحوه فيصير أكثر، فلا يستقيم التقييد بقوله: (عند الموت)، بل يقيّد بوقت قبض الوارث التركة، وأخذ دية النفس والطرف، وقبول الوصيّة لمورّثه إذا كان بعد موت الموصي الأوّل بناءً على أنّ القبول كاشف»[٣].

قلت: قد يدفع الأخير بالتنزيل على الغالب؛ حتّى ما وقع في الدروس: «والمعتبر الثلث حين الوفاة، لا حين الوصيّة، ولا ما بينهما، ولا ما بعد الوفاة»[٤]؛ لأنّه الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى الوارث.

أو بما سمعت من أنّ المقصود من التقييد في نحو المتن الردّ على بعض الشافعيّة القائل بكون العبرة وقت الوصيّة؛ ضرورة تنزيل الموصى له مع الوارث منزلة الشريك في أنّ ما يبقى لهما وما يتلف عليهما، كما هو واضح فيما لو كان الموصى به الثلث أو حصّة مشاعة

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) الهامش السابق: ص ١١٧.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٩.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠٢.

منه ، بل لو كان الموصى به شيئاً معيّناً كان مرجعه الوصيّة بمقدار ما يساوي قيمتها من الثلث ، فهو أيضاً كالشريك ، وكذا لو أوصى بمقدار كلّي كالمائة دينار وكانت بعض الثلث .

إنّما الإشكال في أنّ هذا ونحوه هل يرجع إلى الوصيّة بحصّة مشاعة من الثلث ـ حتّى أنّ التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة ؛ لأنّه كالوصيّة بربع الثلث مثلاً ـ أو أنّه لا يرجع إلى ذلك ، بل هو كلّي مضمون في الثلث ، حتّى لو لم يبق منه إلّا مقدار ما يساوي ذلك نفذت الوصيّة؟

↑ ج ٢٨ / ٢٨٩

وجهان ، منشؤهما : أنّ الكلّي يملك في الخارج لا على جهة الإشاعة ـ على وجهٍ تشمله عمومات الوصيّة مثلاً ـ أو أنّه لا يملك إلّا على جهة الإشاعة إلّا ما خرج بالدليل ، كبيع الصاع من الصبرة بناءً عليه ؛ لخبر الأطنان [1] .

وربّما يؤيّد الثاني : تنزيلهم الأرطال المستثناة في بيع الثمار على الإشاعة ، وكذا الشاة مثلاً في الزكاة .

لكنّ الأمر في الوصيّة واسع ، فلا يبعد قابليّتها للتمليك على هذا الوجه ، وقد تقدّم تحرير هذه المسألة في باب الزكاة [2] والبيع [3] ، فلاحظ .

---

(١) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٩ الغرر والمجازفة ح ٢٠ ج ٧ ص ١٢٦، وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب عقد البيع ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٥.

(٢) في ج ١٦ ص ٢٣٧ فما بعدها.

(٣) في ج ٢٣ ص ٦٧٦... ، وج ٢٥ ص ١٧٠...

على أنّ دعوى عدم ملكيّة الكلّي في الخارج إلّا على جهة الإشاعة خالية عن الدليل، بل ملك أحد السيوف في الحبوة ـ مثلاً ـ والوصيّة ونحوهما قاضٍ بخلافه.

والتحقيق في المسألة: ما أشرنا إليه من أنّ الإشاعة تارةً: تكون من نفس الوصيّة، بأن يوصي به على وجه الإشاعة، وأُخرى: تكون من حكم الشارع بأنّ للميّت الثلث.

ولا ريب في اقتضاء الأُولى قواعد الشركة، كما أنّه لا ريب في اقتضاء الثانية النقصان بنقصان الثلث؛ وإلّا وجب الأداء ما دام ممكناً وإن نقص من أصل التركة ما نقص، ولا يقدّر الموصى به بكسر من الكسور على وجهٍ ينقص منه بالنسبة؛ ضرورة عدم دليل عليه، ومنافاته لما دلّ على وجوب العمل بالوصيّة.

ودعوى: أنّ المراد قدر الثلث حتّى لو أوصى بالثلث ـ ولذا تكون التركة ملكاً للوارث بالموت ـ لا دليل عليها، بل ظاهر الأدلّة خلافها.

نعم، قد تكون كذلك، لا أنّ كلّ وصيّة كذلك، بل لعلّ ظاهر لفظ الوصيّة بالثلث مثلاً خلافه، كما تقدّم نظير ذلك في تعلّق الخمس والزكاة بالعين، لا أنّ المراد مقدار ذلك في الذمّة كما توهّمه بعض، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

وأمّا ما ذكراه من الزيادة المتجدّدة، فيدفعه: أنّ المفهوم عرفاً من الوصيّة بالثلث ـ مثلاً ـ إرادة مصداقه عند الموت الذي هو محلّ الانتقال، واتّفاق مصداقه قبله لا يقتضي تقييد ذلك به، وفرض قيام

القرائن على ذلك خروج عن محلّ البحث، كما لو صرّح بذلك.

بل قد يشهد لما قلناه: ما تطابق عليه النصّ ﴿و﴾ الفتوى من أنّه ﴿لو أوصى ثمّ قتله قاتل أو جرحه﴾ جارح ﴿كانت وصيّته ماضية من ثلث تركته وديته وأرش جراحته﴾ إذا كان ذلك خطأً، بل الإجماع محكيّ[1] -إن لم يكن محصّلاً- عليه.

ج ٢٨ / ٢٩٠

وفي خبر محمّد بن قيس: «قلت لأبي جعفر عليه السلام[2]: رجل أوصى لرجل بوصيّة من ماله ثلث أو ربع، فقتل الرجل خطأً؛ يعني الموصي؟ فقال: تجاز هذه الوصيّة من ميراثه[3] وديته»[4].

وفي المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى بثلث ماله ثمّ قُتل خطأً؟ فقال: ثلث ديته داخل في وصيّته»[5].

وفي خبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أيضاً أنّه قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصيّة مقطوعة غير مسمّاة من ماله، ثلثاً أو ربعاً أو أقلّ من ذلك أو أكثر، ثمّ قُتل

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٦ ـ ١١٧، وانظر مجمع الفائدة والبرهان: الديون / المقصد الأوّل ج ٩ ص ١٠٢، وكفاية الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٣، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٢٧.

(٢) في الفقيه الخبر مضمر.

(٣) في الفقيه بدلها: ماله.

(٤) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ٢١ ج ٧ ص ٦٣، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجل يوصي من ماله ح ٥٥٣٦ ج ٤ ص ٢٢٧، وسائل الشيعة: باب ١٤ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٨٥.

(٥) انظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٥٥٣٧، و«الوسائل»: ذيل ح ٢ ص ٢٨٦.

خطأً[١] الموصي فَوُدِي، فقضى في وصيّته: أنّها تنفذ من ماله وديته كما أوصى»[٢].

وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال: «قال أميرالمؤمنين عليه‌السلام: من أوصى بثلثه ثمّ قتل خطأً فثلث ديته داخل في وصيّته»[٣].

ضرورة تجدّد استحقاق الدية من بعد الوصيّة التي قد صرّحت النصوص بإخراجها من ثلثها أيضاً، بل ربّما أشكل بذلك ما سمعته من إطلاق الأصحاب: كون العبرة بالثلث عند الوفاة؛ باعتبار تأخّر استحقاقها عن الموت.

لكن قد عرفت أنّ إطلاقهم ذلك إنّما هو بالنسبة إلى وقت الوصيّة؛ بمعنى: عدم العبرة بالثلث حاله. على أنّه لمّا كان استحقاق الدية المزبورة مقارناً للموت صدق عليه: أنّه من الثلث وقت الوفاة.

نعم، ذلك كلّه في دية الخطأ التي قد صرّح فيها نصّاً وفتوى، بل قد يشهد لها الاعتبار مضافاً إلى ذلك؛ ضرورة كونها عوضاً عن نفسه، كالقيمة للتالف، فتعلّقه بها أشدّ من تعلّق وارثه، ولذا أدخلها الشارع في أمواله وعلّق بها ديونه ووصاياه. ↑ ج ٢٨ / ٢٩١

(١) في المصدر بدلها: بعد ذلك.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٥ وصيّة من قتل نفسه ح ٤ ج ٩ ص ٢٠٧، وسائل الشيعة: باب ١٤ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٢٨٦.

(٣) الكافي: الوصايا / باب ما للإنسان أن يوصي به ح ٧ ج ٧ ص ١١، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ٦ ج ٩ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ ص ٢٨٥).

بل ربّما كان ذلك هو الوجه في دية العمد أيضاً، وإن قلنا: إنّ الواجب به أوّلاً القصاص الذي هو غير قابل لتعلّق الدين والوصيّة به، لكن لمّا لم يستوفه الوارث وأراد الصلح بالدية تعلّقت بها الوصايا والديون؛ لأنّها في الحقيقة أيضاً عوض عن نفس المجني عليه وقيمة له، فتتعلّق بها الوصايا والديون.

مضافاً إلى ترك الاستفصال في خبر عبد الحميد: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام: عن رجل قُتل وعليه دين، وأخذ أهله الدية من قاتله، أعليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال: أمّا إذا أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين»[١].

وفي خبر يحيى الأزرق عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل قُتل وعليه دين ولم يترك مالاً، وأخذ أهله الدية من قاتله، أعليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم، قلت: هو لم يترك شيئاً؟ قال: إنّما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه»[٢].

بل هو صريح خبر أبي بصير[٣] عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «... قلت: فإن هو قُتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله

(١) تهذيب الأحكام: الديون / باب ٨١ الديون ح ٤١ ج ٦ ص ١٩٢، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق: ص ٣٦٥).

(٢) الكافي: الوصايا / باب من أوصى وعليه دين ح ٦ ج ٧ ص ٢٥، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب قضاء الدين من الدية ح ٥٥٣٢ ج ٤ ص ٢٢٥، وسائل الشيعة: باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ١ ج ١٨ ص ٣٦٤.

(٣) كأنّه حصل دمج بين خبرين ذُكرا في الوسائل متتاليين؛ فأُخذ الراوي من أحدهما، والمروي عنه والمتن من الآخر، وإلّا فالراوي عن أبي‌الحسن موسى هو: عليّ بن أبي حمزة.

على الدية ، فعلى من الدين ، على أوليائه من الدية أو على إمام المسلمين؟ فقال : بل يؤدّوا دينه من ديته التي صالح عليها أولياؤه ؛ فإنّه أحقّ بديته من غيره»[١]. وهو ـ مع صراحته بوفاء الدين من ديته في العمد ـ فيه رمز إلى ما ذكرناه من الوجه في ذلك .

ومن هنا لم يفرّق المشهور بين الديتين بالنسبة إلى تعلّق الديون والوصايا ، بل قيل : «إنّه قد حكي إجماعات على ذلك»[٢]، و«إنّه لم يخالف فيه إلّا ما يوهمه كلام ابن إدريس في باب قضاء الدين عن الميّت»[٣]، وهو اجتهاد في مقابلة النصّ .

ج ٢٨ / ٢٩٢

نحو ما وقع من بعضهم[٤] في المقام من الإشكال في ذلك بناءً على ما هو المشهور من أنّ الواجب في العمد القصاص ، لا أحد الأمرين : ذلك أو الدية ، كما عن أبي علي[٥] والشافعي[٦]؛ ضرورة أنّ ذلك كلّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ الذي قد عرفت اتّفاق الأصحاب ـ إلّا النادر ـ على العمل به .

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب القود ح ٥٢٢٠ ج ٤ ص ١١٢، وسائل الشيعة: باب ٥٩ من أبواب القصاص في النفس ح ٢ ج ٢٩ ص ١٢٣.

(٢) مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٢٩٨.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٩٧، وانظر السرائر: الديون / باب قضاء الدين عن الميّت ج ٢ ص ٤٩ ـ ٥٠.

(٤) كالسبزواري في الكفاية: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: القصاص / أقسام القتل ج ٩ ص ٢٧٤.

(٦) المجموع: ج ١٨ ص ٤٧٢ ـ ٤٧٣، المبسوط (للسرخسي): ج ٢٦ ص ٦٠، مغني المحتاج: ج ٤ ص ٤٨.

بل تسمع إن شاء الله في باب الديات[١] أنّ ما يجنى على الميّت بعد موته ـ كما إذا قطع رأسه وهو ميّت فإنّ فيه مائة دينار ـ في حكم ماله، وأنّه لا تعلّق للوارث به، بل يخرج عنه في وجوه البرّ ونحوها ممّا يصل إليه، وأنّه إن كان عليه دين فهو أولى به.

ومن ذلك كلّه يعلم: أنّ جميع ما يؤخذ عوضاً عن نفس الميّت أو بدنه في حكم ماله، وكذا ما يقع في شبكته بعد موته؛ لمكان وجود سببه قبل الوفاة.

وقد ظهر بذلك كلّه: الحال في المناقشات المزبورة التي مرجعها المؤاخذة على إطلاق مساق لبيان أمر آخر ونحوه، خصوصاً المناقشة بالنسبة إلى النقيصة المتجدّدة بعد الموت قبل قبض الوارث، فإنّ من المعلوم دخول النقص المزبور على الموصى له والوارث بذلك، من غير فرق حينئذٍ بين كون الموصى به[٢] عيناً أو جزءً مشاعاً إذا فرض نقصان الثلث بالتلف المزبور عن خروج العين الموصى بها.

وليس المراد من وقت الوفاة في المتن ونحوه الإشارة إلى ذلك، بل هو مبني على ما هو الغالب من اتّحاد وقت الوفاة والقسمة وبقاء تركة الميّت على حالها.

وأمّا ما ذكره من الوصيّة لأقرب الناس، فقد قيل: «إنّ النظر فيه في غير محلّه، وأنّه يدفع المال إلى ابن الابن، وإن كان الموجود وقت

---

(١) الديات / النظر الرابع في اللواحق / الأوّل / المسألة الثانية.

(٢) في بعض النسخ: بها.

الوصيّة الابن»[1]، بل قيل: «إنّه لم يتوقّف فيه أحد غيره، بل هو نفسه قد اعترف بعد ذلك بأنّ استحقاق ابن الابن لا يخلو من قوّة»[2]، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

﴿ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أنّ الربح بينه وبين الورثة[3] نصفان صحّ، وربّما اشترط[4] كونه قدر الثلث أو أقلّ[5]، والأوّل مرويّ﴾ عن الصادق عليه السلام في الموثّق أو الخبر: «أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال: لا بأس به؛ من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ»[6].

↑ ج ٢٨ / ٢٩٣

وفي خبر خالد بن بكر[7] الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بنيّ، اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أُمّ ولد أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه

(١) مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٢٩٧ (بتصرّف).

(٢) المصدر السابق.

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقةً لنسختي الشرائع والمسالك ـ: ورثته.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: يشترط.

(٥) في بعض النسخ ـ مطابقةً لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدل «أو أقلّ»: فأقلّ.

(٦) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ١٩ ج ٧ ص ٦٢، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ١٤ ج ٩ ص ٢٣٦، وسائل الشيعة: باب ٩٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢٧.

(٧) في المصادر: إمّا ذكر «خالد» مجرّداً، أو بعنوان «خالد بن بكير».

ما أمرني به أبي ، فقال ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أُجزه ، ثمّ أشهد عليَّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي ، ثمّ قلت : ما ترى؟ فقال : أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه ، وأمّا فيما بينك وبين الله (عزّ وجلّ) فليس عليك ضمان»[1].

والمناقشة[2] في الأُولى : بأنّها ـ بعد التسليم ـ من قسم الموثّق الذي لا يجوز العمل به ، وفي الثانية : بالجهالة ، كما أنّ جبر الضعيف بالشهرة مشهور لا أصل له .

مفروغ من فسادها في الأُصول ، على أنّ[3] في سند الثاني ابن أبي عمير والسند إليه صحيح ، وهو ممّن أُجمع على تصحيح ما يصحّ عنه[4] ، فلا يضرّ جهالة من بعده في وجهٍ .

وكيف كان ، فصريح الثاني ـ كظاهر الوصيّة بالولد في الأوّل ـ كون الورثة صغاراً ، والموصي وليّ لهم .

ومن هنا قال في الدروس مشيراً إلى الأوّل : «روى محمّد بن مسلم جواز تفويض المضاربة إلى الوصي على نصف الربح مع صغر الأولاد ،

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجل يوصي إلى رجل ح ٥٥٣٩ ج ٤ ص ٢٢٨، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١٦ ص ٦١، و«التهذيب»: ح ١٢، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٦.

(٣) في بعض النسخ: أنّه .

(٤) اختيار معرفة الرجال: ح ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

وبها قال الجماعة»[١].

ونحوه ما عن المهذّب البارع قال: «هذه المسألة يوردها المصنّفون في المضاربة والوصيّة، وموضوعها في كتب الفقه والنصّ: هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصيّاً، ويأذن له في الاتّجار بمالهم...»[٢] إلى آخره، ثمّ قال: «إنّ ألفاظ الفقهاء تختلف في التعبير عنها» وحكى بعض عباراتهم في المضاربة وبعضاً في الباب[٣].

وفي النافع: «تصحّ الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الصغار»[٤].

لكن في المسالك: «أنّ المصنّف وأكثر الجماعة أطلقوا الصحّة في الورثة الشامل للمكلّفين، وشمل إطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أُجرة المثل وما إذا كان زائداً عليها بقدر الثلث أو أكثر»[٥].

↑ ج ٢٨ / ٢٩٤

وفي محكيّ الكفاية: «أنّ المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً»[٦].

ولعلّ وجهه: إطلاق ما دلّ على تنفيذ الوصيّة المقيّد بالثلث إذا كانت الوصيّة مفوّتة للمال على الوارث، أو بالأعمّ من ذلك وممّا فيه ضرر عليه.

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / درس ١٧٩ ج ٢ ص ٣٢٧.

(٢) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ١٢٤.

(٣) المصدر السابق: ص ١٢٥.

(٤) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الخامس ص ١٦٦.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٥.

(٦) كفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

أمّا إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصيّة تصرّفاً في المال على وجهٍ لا تفويت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه، فليس في الأدلّة ما يدلّ على تخصيص العمومات المزبورة، المعتضدة بظاهر قوله [تعالى]: «فمن بدّله...»[1] وعموم «تسلّط الناس...»[2]، ومعلوميّة كون الوصيّة بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منهما والجائز، بل الدليل فيهما متّحد كما اعترف به في جامع المقاصد[3].

ولا ريب في صحّة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض ولو بحصّة قليلة من الربح، كما أنّه لا ريب في صحّة بيع التركة كلّها بثمن المثل حال المرض، فينبغي أن يجوز الوصيّة به لاتّحاد الدليل فيهما، كما مال إليه في جامع المقاصد[4]، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة أنّه قوّاه[5]، وفي القواعد الإشكال فيه[6].

وإلى نحو ذلك أشار في جامع المقاصد[7] والمسالك[8]؛ حيث وجّهه: «بأنّ المقيّد بالثلث هو تفويت بعض التركة، وليس حاصلاً هنا؛

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٢) تقدّم في ص ٥٠٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(٤) المصدر السابق: ص ٩٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوصايا / الموصى له ج ٢ ص ٤٦٧ (الطبعة الحجرية).

(٦) تأتي عبارته في ص ٦٢٩.

(٧) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١١٨ ـ ١١٩.

(٨) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

لأنّ الربح ممّا تجدّد بفعل العامل وسعيه ، وليس ما يتجدّد منه كالمتجدّد من حمل الدابّة والشجرة ونحوهما ، حيث كان معتبراً من الثلث ؛ لظهور الفرق : بأنّ ذلك نماء الملك ووجوده متوقّع ، بخلاف الربح فإنّه أثر سعي العامل ، مع أنّه إنّما يحدث على ملك العامل ، فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصي فيه حقّ» .

«ولا يقدح في ذلك شراؤه بمال الوارث ، فيكون محسوباً منه ، ويكون نماؤه تابعاً ؛ لأنّه إنّما يدخل في ملك الوارث على تقدير صحّة المضاربة ، وإلّا لم يكن الشراء نافذاً ، ومتى صحّت المضاربة كانت الحصّة من الربح ملكاً للعامل» .

«فلولا صحّة المضاربة لأدّى فسادها إلى عدم الفساد ؛ لأنّه على تقدير الفساد إنّما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرّعاً ، وذلك إنّما يكون على تقدير زيادة الحصّة عن اُجرة المثل وزيادتها عن الثلث وكونه من نماء التركة ، وإنّما يكون كذلك مع صحّة المضاربة ليكون الشراء نافذاً ، فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء ، فلم يتحقّق الربح ، فانتفى التصرّف في الزائد على الثلث ، فانتفى المقتضي للفساد ، فوجب الحكم بالصحّة ؛ لأنّه قد أدّى فرض الفساد إلى عدمه» .

ج ٢٨ / ٢٩٥

لكن في المسالك بعد ذلك كلّه قال : «فيه نظر ... لأنّ المضاربة وإن لم تقتض تفويت شيء من التركة ـ على تقدير تسليمه ـ مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ، خصوصاً إذا كان مكلّفاً ، وتعريضه بالضرب في الأرض إلى التلف المؤدّي إلى عدم الضمان

مع عدم التفريط ، مضافاً إلى ما لو وقعت بحصّة قليلة للمالك في مدّة طويلة كخمسين سنة ، وذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلاً ، وهو باطل» .

«وأمّا القول بأنّ النماء إنّما يملكه العامل على تقدير صحّة المعاملة ـ وحينئذٍ فلا تفويت في مال الوارث وإن لم يصحّ لا يصحّ البيع ـ ففيه : إمكان جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه ، ليكون جميع الربح له ، فيحصل التفويت على تقدير صحّة البيع ، وحصول الربح للعامل» .

«ومن ثَمَّ ذهب ابن إدريس إلى أنّ الصحّة مشروطة بكون المال قدر الثلث فما دون ؛ اطّراحاً للأخبار وردّاً إلى الأُصول المعلومة في هذا الباب . وبعض المتأخّرين إلى أنّ المحاباة في الحصّة من الربح بالنسبة إلى أُجرة المثل محسوبة من الثلث أيضاً ، ولكلّ منهما وجه»[١] .

قلت : أمّا ابن إدريس فالمحكي من عبارته ما نصّه : «قد روي أنّه إذا أمر الموصي الوصي أن يتصرّف في تركته لورثته ، ويتّجر لهم بها ويأخذ نصف الربح ، كان ذلك جائزاً وحلالاً[٢] له نصف الربح ، أورد ذلك شيخنا في نهايته ، إلّا أنّ الوصيّة لا تنفذ إلّا في ثلث ما كان يملكه الميّت قبل موته ، والربح متجدّد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيّته وقوله فيه؟! وفي الرواية نظر»[٣] .

---

(١) المصدر السابق: ص ١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) في المصدر: حلال.

(٣) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٢.

وظاهره بطلان هذه الوصيّة من رأسها كابن أبي ليلى [١]؛ باعتبار كون متعلّقها الربح الذي ليس من أمواله، ووصيّته إنّما تنفذ في الثلث، وهذا ليس منه، لا أنّها صحيحة في الفرض بمقدار الثلث، وكيف؟! مع أنّه لم يوص بالثلث، بل هو فيه كالثلثين للوارث.

نعم، لو كان قد أوصى به وأخرجه عن الوارث، ثمّ أوصى بالمضاربة به، فلعلّ لازم كلام ابن إدريس الفساد، وإن كان لم يتعرّض لذلك، ولا ريب في صحّته لعموم أدلّة الوصيّة، فيصحّ تعلّقها بمثل ذلك لكونه من التوابع، فتأمّل جيّداً.

ومن ذلك ينقدح الوجه في تعرّض الأصحاب لهذه المسألة، وكون الغرض منها الردّ على ابن إدريس وابن أبي ليلى، حيث إنّهما أبطلا هذه الوصيّة، وجعلاها من قسم الوصيّة بالباطل.

ج ٢٨ / ٢٩٦

والتحقيق: صحّتها مطلقاً سواء كان الوارث صغيراً مولّى عليه أو كبيراً ـ وإن توقّفت في الثاني على الإجازة سواء كان متعلّق الوصيّة مقدار الثلث أو لا ـ وسواء كانت الحصّة من الربح زائدة على أُجرة المثل أو لا، وسواء كانت بمقدار الثلث أو لا، وسواء كانت متعلّقة بالثلث الذي أخرجه عن ملك الوارث أو لا.

كلّ ذلك لعموم أدلّة الوصيّة وللخبرين السابقين.

بل يمكن جوازها في مال الأطفال مع عدم المفسدة وإن لم يكن لهم مصلحة، بناءً على جواز ذلك للولي الإجباري، والفرض أنّه قد أذن

---

(١) تقدّمت قضيّته في خبر خالد بن بكر في ص ٦٢١ ـ ٦٢٢.

للوصي في ذلك .

وبه يفرّق بين [١] ما إذا لم يوص بذلك ، بل اقتصر على جعل وصي عليهم ، فإنّه يجوز له المضاربة بمالهم لنفسه أو لغيره لكن مع المصلحة ، بخلاف ما إذا نصّ الولي على ذلك ، فإنّه يكفي فيه حينئذٍ عدم المفسدة ، فلا بأس بكثرة الحصّة أو قلّتها .

وإطلاق الأصحاب في المقام والمضاربة إنّما هو لبيان صحّة الوصيّة ـ على الوجه الذي عرفت ـ ردّاً على ابن أبي ليلى وابن إدريس القائلين ببطلانها سواء كان الوارث صغيراً أو كبيراً ، أجاز أو لم يجز ، كما يومئ إلى ذلك اختلاف تعبيرهم عن ذلك ، كما اعترف به ابن فهد في مهذّبه على حسب ما عرفته [٢] ، والمقصود ما عرفت .

فما توهّمه بعض الناس من هذه العبارات المختلفة أشدّ اختلاف ـ حتّى أثبت منها حكماً جديداً مخالفاً للأُصول والضوابط ، وصحّح المضاربة من الموصي بالتركة وإن لم يجز الوارث ، وجعلها لازمة عليه [٣] ـ في غير محلّه ، كما أنّه لا دليل عليه ؛ إذ ليس إلّا الخبران السابقان ، ومضمونهما ما عرفت ممّا هو غير مخالف لشيء من الأُصول ؛ ضرورة جواز مضاربة الوصي بمال الطفل مع المصلحة وإن لم يوص إليه بذلك ، فكيف إذا أوصى له؟!

---

(١) الأولى التعبير بـ«يفرّق بينه وبين».

(٢) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ١٢٥.

(٣) الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٣٤.

نعم، قد تزيد صورة الوصيّة باعتبار عدم المفسدة، لا المصلحة، وهو شيء خارج عمّا نحن فيه.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّه به يظهر لك ما في كلام جماعة، كما أنّه يظهر لك عدم تحرير هذه المسألة في شيء من كلماتهم، بل ولا مسألة الوصيّة بما لا يقتضي نقص القيمة في التركة:

ففي القواعد: «ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل، ففي اشتراط الإجازة إشكال»[1].

وفيها أيضاً قبل ذلك: «ولو خصّص كلّ واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة؛ لظهور الغرض في أعيان الأموال، وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بثمن المثل، ولو باع عين ماله من وارثه بثمن المثل نفذ»[2].

ج ٢٨ / ٢٩٧

وظاهره الإشكال بعد الجزم، وللمسألة فروع كثيرة، ومنشأ الإشكال فيها:

من عموم أدلّة الوصيّة المقتضي لوجوب العمل بما يرسمه الموصي ما لم يكن منافياً للشرع، كما سمعته من المصنّف وغيره، بل قد يشعر به في الجملة خبر عبّاس بن معروف المشتمل على وصيّة ميمون ببيع جميع تركته بدراهم وإيصالها إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام، ففعل الوصي ذلك، فأخذ أبو جعفر عليه السلام الثلث منها وأمر بردّ الباقي إلى الوصي ليردّه على الورثة[3]، الظاهر في الإقرار على البيع... وغير ذلك ممّا يدلّ على

(١ و٢) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٦ و٤٥٤.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ٢٢ ج ٩ ص ١٩٨، الاستبصار: ←

وجوب إنفاذ الوصيّة.

ومن كون ذلك نوع ضرر على الوارث؛ لتعلّق الغرض في الأعيان.

ولعلّ الأوّل لايخلو من قوّة ما لم يكن إضراراً بالوارث؛ لإطلاق النهي عنه، والله العالم.

بقي شيء: وهو أنّ الظاهر كون المضاربة واقعة من الوصي بإذن من الموصي، لا أنّ إيجابها قد وقع من الموصي؛ ضرورة عدم ثبوت الوصيّة العقديّة في غير التمليك على حسب ما عرفته في تعريفها.

فما عساه يتوهّم ـ أنّ اللفظ الموجود في الخبر نفسه مضاربة ـ في غير محلّه، خصوصاً ولم يكن مال للطفل في ذلك الحال؛ ضرورة أنّ المراد المال الذي يكون لهم بالإرث منه.

ومن هنا قال عليه السلام: «من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ»[١]، وهو كالصريح في عدم كون ما وقع منه مضاربة، وإنّما هو إذن فيها. ودعوى مشروعيّة الوصيّة بها على نحو الوصيّة التمليكيّة واضحة الفساد؛ لعدم الدليل عليها.

وربّما يشهد لما قلناه قول المصنّف وغيره[٢]: «ولو أوصى بالمضاربة» الظاهر في إرادة العهد بها، لا إنشاؤها على الوجه السابق كما هو واضح، والله العالم.

← الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ٢٣ ج ٤ ص ١٢٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٢٧٧.

(١) تقدّم في ص ٦٢١.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٧.

﴿ولو أوصى بواجب﴾ ماليّ ﴿وغيره﴾ أُخرج الأوّل من الأصل؛ لأنّه كالدين نصّاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه[١] وعلى أنّ من ذلك الحجّ الواجب؛ للنصوص الدالّة عليه بالخصوص[٢].

ج ٢٨ / ٢٩٨

وأمّا الثاني فيخرج من الثلث حتّى لو كان واجباً بدنيّاً، على ما صرّح به في جامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] ومحكيّ الكفاية[٥]، بل في الرياض: أنّه لا خلاف فيه[٦]، مرسلين له إرسال المسلّمات؛ لعدم كونه من الدين الذي يخرج من الأصل، وعدم دليل على تنزيله منزلته، فيبقى على الأصل. نعم إذا أوصى به شمله أدلّة الوصيّة التي تخرج من الثلث.

لكن في الذكرى[٧] والدروس[٨] وجامع المقاصد[٩] عن بعضهم: أنّ الواجب البدني يخرج من الأصل أيضاً كالمالي وإن لم يوص به، بل

---

(١) ينظر غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٥، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٤، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٣٥، ورياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه ج ١١ ص ٦٦، وباب ٤١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٥٧.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٨.

(٥) كفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

(٦) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٥٩.

(٧) ذكرى الشيعة: الصلاة / مواقيت القضاء ج ٢ ص ٤٥٠.

(٨) الدروس الشرعيّة: الصلاة / درس ٢٨ ج ١ ص ١٤٧.

(٩) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

لعلّه ظاهر المصنّف هنا والنافع [١] والغنية [٢] والسرائر [٣] وغيرها [٤] ممّا أُطلق فيها الواجب الخارج من الأصل وهي عشرة كتب أو أكثر على ما قيل [٥]، بل نفى عنه البأس في الدروس [٦].

بل قد يؤيّده: إطلاق الدَّين على الصلاة في غير واحد من الأخبار [٧]، منضمّاً إلى ما ورد في الحجّ: «أنّ دين الله أحقّ أن يقضى» [٨] وشمول الدين للنقد وغيره ممّا هو عمل؛ ضرورة اندراج من كان مشغول الذمّة بصلاة أو غيرها من الأعمال ـ بإجارة ونحوها ـ فيه.

واحتمال: اختصاصه بما إذا كان شغل الذمّة بمثل ذلك لغير الله ـ أمّا له فلا ـ واضح الضعف، خصوصاً بعد ما سمعت من «أنّ دين الله أحقّ أن يقضى» ومعلوميّة وجوب المال لو توقّف عليه حصول الواجب المطلق.

---

(١) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الخامس ص ١٦٦.

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٥.

(٣) السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٤.

(٤) كتحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٣١٢.

(٦) الدروس الشرعيّة: الصلاة / درس ٢٨ ج ١ ص ١٤٧.

(٧) من لا يحضره الفقيه: الحج / آداب المسافر ح ٢٥٠٥ ج ٢ ص ٢٩٦، وسائل الشيعة: باب ٦١ من أبواب المواقيت ح ٩ ج ٤ ص ٢٨٦، وباب ٥٢ من أبواب آداب السفر ح ١ و٢ ج ١١ ص ٤٤٠.

(٨) كنز العمّال: ح ١٢٣٣١ و١٢٨٤٩ و١٢٨٥٧ ج ٥ ص ١٢٣ و٢٦٩ و٢٧١، سنن النسائي: ج ٥ ص ١١٨.

فالمتّجه ـإن لم ينعقد إجماع على خلافه ـ: إلحاق الواجب البدني بالمالي في الإخراج من صلب المال إذا لم يكن له وليّ يخاطب بما يفوت المولّى عليه من صوم أو صلاة ، وإلّا خوطب هو به ما لم يوص الميّت بإخراجه من ثلثه .

من غير فرق في ذلك كلّه بين ما فاته بتقصير وعدمه ، وبين ما تمكّن من قضائه وعدمه بعد فرض حصول شغل الذمّة به على وجهٍ لو تبرّع به متبرّع أو استؤجر أحد عنه برئت ذمّته ، ولا مدخليّة للحكم التكليفي في الوضعي ، فقد ينتفي الأوّل ويثبت الثاني .

نعم ، لو كان على وجهٍ لا تشتغل ذمّته به أصلاً ، لم يصحّ تأدية الولي ولا المتبرّع له عنه ، فضلاً عن الإخراج من صلب المال أو ثلثه .

كلّ ذلك بناءً على عدم اشتراط المباشرة في الواجب البدني ، وأنّه يصحّ وقوعه في الجملة منه أو من الولي والمتبرّع فضلاً عن الأجير ، أمّا بناءً على اشتراطها وأنّه لا يصحّ إلّا من المولّى عليه والولي ، اتّجه حينئذٍ عدم الإخراج من المال ؛ ضرورة حصول الفرق حينئذٍ بذلك بينه وبين الأعمال التي اشتغلت الذمّة بها بإجارة ونحوها ، كما هو واضح .

↑ ج ٢٨ / ٢٩٩

والظاهر تصديق الولي فيما فات منه كما صرّح به في جامع المقاصد[1] ؛ ولعلّه لأنّه لا يعلم إلّا من قبله ، بل هو المنساق منه ومن نظائره ، مضافاً إلى كونه من الإقرار .

وعلى كلّ حال ، فبناءً على عدم خروجه من صلب المال ، يجب

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

على المولّى عليه الوصيّة بما فاته من صوم أو صلاة أو إعلام الولي بذلك إن كان، أو لا يجب عليه شيء من ذلك؟ وجهان.

أقواهما الأوّل؛ ضرورة تمكّنه من تأدية الحقّ وإبراء ذمّته ودفع الضرر الأُخروي عنه.

وربّما استدلّ[1] له بقوله عليه السلام: «الوصيّة حقّ على كلّ مسلم»[2]، ولكن لا يخفى ما فيه من التجشّم المعلوم عدم إرادته ولو بملاحظة ما سيق الخبر له.

وكيف كان، فقول المصنّف وغيره جواباً للشرط السابق في المتن: ﴿فإن وسع الثلث عمل بالجميع، وإن قصر ولم تجز[3] الورثة بُدئ بالواجب من الأصل وكان الباقي من الثلث﴾ غير منافٍ لما ذكرناه؛ ضرورة إرادته ما لو أوصى بالواجب وغيره من غير تعرّض للإخراج من الثلث وعدمه.

فإن وسع الثلث عمل بالجميع؛ ضرورة عدم الفرق حينئذٍ بين الواجب وغيره في الإخراج منه بعد فرض سعته، لأنّه مع عدم الوصيّة بالإخراج منه يكون كأصل المال بالنسبة إلى الواجب وغيره.

وأمّا إذا قصر عنها فلا ريب في اختصاصه حينئذٍ بالتبرّعات التي لا تمضي إلّا منه. كما لا ريب في خروج الواجب من الأصل؛ لأنّ الفرض عدم إيصائه بإخراج الجميع من الثلث كي يزاحم الواجب غيره

(١) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٥٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٥٧.

(٣) في نسخة الشرائع: ولم يجز.

فيه ، كما هو واضح .

بل منه يعلم الحكم فيما لو أوصى في الفرض بإخراج الجميع من الثلث وكان قاصراً ، فإنّ الذي صرّح به غير واحد : إخراج الواجب أوّلاً منه وإن كان هو متأخّراً في الوصيّة ، ثمّ يخرج غيره من بعده الأوّل فالأوّل إن كان [1] .

↑ ج ٢٨ / ٣٠٠

بل صرّح غير واحد [2] : بمساواة الواجب البدني له في ذلك أيضاً ؛ بمعنى : أنّه لو أوصى بالواجب البدني وغيره من الثلث أُخرج أوّلاً الواجب وإن كان متأخّراً ، ثمّ غيره الأوّل فالأوّل إن كان ، بل ربّما ظهر من بعضهم : نفي الخلاف فيه [3] فضلاً عن الأوّل .

لكن في جامع المقاصد أنّه «لا فرق بينه وبين سائر الوصايا التي ليست بواجبة في أنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل إن كان قد أوصى بها مرتّبة إلى آخرها» [4] .

قلت : يمكن أن يكون دليلهم على ذلك : ـ مضافاً إلى أهمّيّة الواجب من غيره ـ صحيح معاوية بن عمّار قال : «... إنّ امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها ، وأمرت أن يعتق عنها ويتصدّق ويحجّ عنها ، فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال : ابدأ بالحجّ فإنّه فريضة من

---

(١) الروضة البهيّة: الوصايا / في الموصى به ج ٥ ص ٤٤، رياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٦٠.

(٢) انظر الهامش السابق.

(٣) نفى الخلاف ـ إلّا من الكفاية ـ في رياض المسائل: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠ (بتصرّف).

فرائض الله سبحانه، وتجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة...»[1] فإنّه وإن كان مورده الحجّ، إلّا أنّ التعليل فيه قاضٍ بتقديم البدني، وحينئذٍ يكون الصحيح المزبور دليلاً على القسمين.

والإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع عليه كان هو الحجّة، وإلّا أشكل بما ستسمعه فيما يأتي من الاستدلال على ما تطابق عليه النصّ والفتوى ـ من تقديم الأوّل فالأوّل ـ بما يقتضي عدم الفرق في ذلك بين الواجب وغيره، فيبطل المتأخّر لعدم متعلّق له، فإن كان واجباً ماليّاً خرج من أصل المال، وإن كان بدنيّاً بطل بناءً على عدم خروجه إلّا من الثلث إذا كان قد أوصى بإخراجه منه.

واحتمال: أنّ ذلك حكم شرعي وإن كان قصد الموصي على خلافه؛ للصحيح المزبور المحتمل لكون الوصايا غير مرتّبة، وأنّ المراد منه الترجيح بذلك، بل لعلّ ظاهر التقسيط فيه الذي هو حكم غير المرتّب يقتضي عدم الترتيب فيه.

في غاية الصعوبة؛ ضرورة اقتضائه هدم قاعدة تبعيّة الأعمال للنيّات والعقود للقصود وغيرها من القواعد المحكّمة في سائر المقامات.

وعلى كلّ حال، يخرج غير الواجب من الثلث ﴿ويبدأ بالأوّل

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١٤ ج ٧ ص ١٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٩ ج ٩ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: باب ٦٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٦.

فالأوّل﴾.

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان الكلّ غير واجب، بُدئ بالأوّل فالأوّل حتّى يُستوفى الثلث﴾ وتبطل المتأخّرة مع فرض عدم إجازة الوارث[1].

ج ٢٨ ٣٠١

لأنّ الوصيّة الصادرة أوّلاً نافذة ؛ لوقوعها من أهلها في محلّها ... وهكذا ما بعدها إلى أن تبقى المتأخّرة بلا موضوع تتعلّق به ، فتختصّ بالبطلان .

ولخبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام : «في رجل أوصى عند موته وقال : أعتقوا فلاناً وفلاناً حتّى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم؟ قال : ينظر الذين سمّاهم وبدأ بعتقهم فيقوّمون ، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرابع ، ثمّ الخامس ، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمّى أخيراً ؛ لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك»[2].

معتضداً ومنجبراً : بعدم الخلاف المعتدّ به بين الأصحاب فيه ، كما أنّ اشتماله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه بما فيه .

بل منه يعلم : عدم الفرق بين الوصيّة العهديّة والتمليكيّة ؛ ضرورة كون الموضوع فيه الأُولى ، ولعلّه كذلك ، سيّما بناءً على ما تقدّم منّا

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالعتق ح ٥٤٩٣ ج ٤ ص ٢١٢، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٧ ج ٩ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: باب ٦٦ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٨.

سابقاً: من عدم كون الوصيّة من العقود وإن اعتبر رضا الموصى له في حصول الملك؛ لأنّ كلّاً منهما سبب في حصول أثر الإيصاء، فكلّ متقدّم يترتّب عليه أثره، فيختصّ البطلان بالأخير الذي لم يصادف موضوعاً، كما صرّح به في الصحيح المزبور.

ومنه يعلم: كون المدار على ذلك من غير مدخليّة لقصد الموصي، بل قد يعلم خلوّه عن قصد الترتيب. نعم لو صرّح بعدم إرادة الترتيب اتّبع، وإن رتّب في اللفظ بأدواته[1] من «الفاء» و«ثمّ» ونحوهما.

وبما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الوصيّة ـ وإن كانت عهديّة ـ وبين أمر السيّد عبده مثلاً بإعطاء زيد درهماً من مال مخصوص، وعمرو كذلك، وخالد أيضاً، الذي لم يرد منه إلّا الامتثال، فلا فرق بين الأوّل والأخير في صدقه، فيقع العول على الجميع، كما في صورة عدم الترتيب في المسألة، بخلاف الفرض الذي فيه ترتّب آثار للسبب وإن لم يتمّ إلّا بالموت والقبول.

بل قد يستفاد من التعليل كون الحكم كذلك في الوصيّة بالزائد عن الثلث مع الإجازة وقصور المال، فإنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل؛ ضرورة كون الأخيرة هي التي لم تصادف محلّاً، فتختصّ بالبطلان. (↑ ج ٢٨ / ٣٠٢)

وعلى كلّ حال، فالحكم حينئذٍ لا إشكال فيه من غير فرق بين العتق وغيره، ولا بين وقوع الترتيب في زمان واحد عرفي، وزمانين متباعدين كغدوة وعشيّة.

---

(١) في بعض النسخ: بأداته.

خلافاً للشيخ[١] والإسكافي[٢]: حيث قدّما العتق وإن تأخّر؛ للموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل حضره الموت، فأعتق غلامه وأوصى بوصيّة، وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام، ويكون النقصان فيما بقي»[٣] وغيره[٤] ممّا هو ظاهر في التنجيز المقدّم على الوصيّة بلا خلاف ولا إشكال، لا الوصيّة التي هي محلّ البحث.

ولابن حمزة: حيث جعل الوصيّة المتأخّرة المتباعد زمانها عن الأُولى ناسخة لها، ومقتضية للرجوع عنها[٥]؛ للضعيف: «إنّ ابن أخي[٦] أوصى بثلاث وصايا، فبأيّهنّ آخذ؟ فقال: خذ بأُخراهنّ، قلت: فإنّها أقلّ؟ قال: وإن قلّت»[٧].

وهو ـ مع خلوّه عن تفصيله ـ ضعيف فاقد لشرائط الحجّيّة، فضلاً عن أن يصلح معارضاً لما عرفت، فلا بأس حينئذٍ بحمله على إرادة الوصايا التي بالتضادّ ونحوه يعلم عدم قصد الموصي إرادتها جميعها،

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٨.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٢٩.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ١٢ ج ٩ ص ١٩٤، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٤ أنّه لا تجوز الوصيّة... ح ٤ ج ٤ ص ١٢٠، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٢٧٦.

(٤) وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٦).

(٥) الوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٦) في المصدر: إنّ أبي.

(٧) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٠ الرجوع في الوصيّة ح ١٨ ج ٩ ص ١٩٠، وسائل الشيعة: باب ١٨ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٣٠٥.

بل يعلم كون المراد واحدة منها، ولا ريب حينئذٍ في أنّ الحكم للمتأخّرة كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فمن ذلك ما ﴿لو أوصى لشخص بثلث﴾ أوّلاً ﴿ولآخر بربع﴾ ثانياً ﴿ولآخر بسدس﴾ ثالثاً ﴿ولم تجز[١] الورثة، أُعطي الأوّل﴾ لمصادفة الوصيّة له ثلث الموصي فهي ممكنة النفوذ ﴿وبطلت الوصيّة لمن عداه﴾ بعدم إجازة الوارث، المتوقّفة صحّة الوصيّة في الفرض عليها؛ إذ ليس للموصي إلّا الثلث الذي قد تعلّقت به الوصيّة الأُولى التي لم يعلم رجوعه عنها فيستصحب حكمها، وما وقع من الوصيّة بالربع والسدس بعدها أعمّ من ذلك قطعاً.

وكذا لو أوصى لشخص بنصف ولآخر بخمس ولثالث بربع، أو للأوّل بجميع المال ولآخر بثلث ولثالث بسدس، فإنّ الأوّل يعطى في الجميع الثلث، ويبطل الزائد مع عدم الإجازة؛ لما عرفت من البدأة في مثل ذلك بالأوّل فالأوّل.

لكن[٢] فيما حضرني من المسالك في نسختين إبدال السدس في المثال الثاني بالنصف[٣]، وذلك يقتضي بقاء سدس للأوّل لا ثلث.

↑ ج ٢٨ ٣٠٣

وعلى كلّ حال، فما عن بعضهم[٤]: من أنّ الوصيّة بالربع والسدس في نحو مفروض المتن رجوع عن الأوّل، واضح الضعف بعد الإحاطة

---

(١) في نسخة الشرائع: ولم يجز.

(٢) في بعض النسخ: ولكن.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٤) نقله في كفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٦.

بما قدّمناه، بل قيل: «إنّه غير معروف القائل»[١]، بل عن التحرير[٢] ﴿و﴾ غيره[٣]: نسبة أصل الحكم إلى علمائنا.

نعم ﴿لو أوصى بثلثه﴾ الراجع إليه ﴿لواحد، وبثلثه﴾ كذلك ﴿لآخر، كان ذلك رجوعاً عن الأوّل إلى الثاني﴾ للتضادّ في متعلّق الوصيّة الذي قد فرض اتّحاده واختلاف الموصى له، فليس إلّا الرجوع، نحو: الوصيّة بعين مخصوصة لزيد ثمّ الوصيّة بها نفسها لعمرو، ونحوه ما كان بمعناه ممّا يحصل به التضادّ صريحاً أو ظاهراً.

أمّا لو قال: «ثلث مالي لزيد» ثمّ قال: «ثلث مالي لعمرو» لم يكن رجوعاً؛ لعدم العلم والظنّ بالاتّحاد، اللّهمّ إلّا أن يكون عرف أو قرينة تدلّ على إرادة الثلث الراجع إليه من ذلك، فإنّه يكون رجوعاً أيضاً، كما أنّه لو كان عرف أو قرينة تقضي بأنّ المراد من «ثلثي» ـ لو فرض الاقتصار عليه في الوصيّة ـ ثلث المال، لا الراجع إليه خاصّة، لم يكن رجوعاً؛ لعدم التضادّ حينئذٍ، بل يعطى الأوّل ثلثه الراجع إليه الذي صادفته الوصيّة الأُولى، ويتوقّف في الثانية على الإجازة.

لكنّ المعروف بين الأصحاب[٤] أنّه بإضافة الثلث إلى نفسه يكون رجوعاً، بل عن خلاف الشيخ: أنّ إجماع الفرقة وأخبارهم على

(١) مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٣ ص ٣٢٤.

(٢) تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٥.

(٣) كالحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٣٩.

(٤) ذهب إلى ذلك في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٥، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٦٠، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى به ج ٢ ص ٤٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٢٩ ج ٣ ص ٢٢٦.

الرجوع في ثلث ماله[١]، الذي لا ريب في أولويّة المفروض منه كما عن التحرير: نسبته إلى علمائنا[٢]، بل اعترف به أيضاً في جامع المقاصد[٣].

فما عن المهذّب[٤] والمختلف[٥] والإيضاح[٦] من «أنّه ليس رجوعاً؛ لعدم الصراحة في إرادة ثلثه الراجع إليه؛ إذ هو ما دام حيّاً جميع المال في قبضته ومنسوب إليه»؛ ولعلّه لذا توقّف فيه في القواعد[٧]، بل ومحكيّ التحرير وإن نسبه فيه إلى علمائنا[٨].

ضعيف؛ ضرورة كفاية الظهور في الرجوع كالتصريح، لصلاحيّة كلّ منهما لقطع الاستصحاب، ودعوى عدم الظهور أيضاً ـ كما ترى ـ ضعيفة، ومع تسليمها فالأمر سهل؛ ضرورة رجوع النزاع إلى مفهوم عرفي يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة.

وقد ظهر لك من ذلك: أنّ موضوع المسألة الأُولى ـ التي قلنا: يبدأ بالأوّل فالأوّل فيها ـ تعدّد الوصايا مع عدم التضادّ بينها، وإن امتنع العمل بها جميعها لقصور الثلث أو المال، بخلاف الثانية التي قلنا: إنّ

↑ ج ٢٨ / ٣٠٤

(١) الخلاف: الوصايا / مسألة ٢٨ ج ٤ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.
(٢) تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٥.
(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٣ ـ ١٢٤.
(٤) المهذّب: الوصايا / باب ما صحّ من الوصايا ج ٢ ص ١٠٨.
(٥) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٤.
(٦) إيضاح الفوائد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٨.
(٧) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٧.
(٨) تقدّم المصدر آنفاً.

الثانية تكون رجوعاً عن الأُولى، فإنّ موضوعها المتضادّان اللذان لا يمكن جمعهما في الخارج في حدّ ذاتهما، لا للقصور كما هو واضح.

من غير فرق بين كون الوصيّة بمقدار أو عين أو كسر؛ فإنّ المدار على ما ذكرنا من الحكم بالرجوع مع التضادّ صريحاً أو ظاهراً، وعدمه مع عدمه.

ولعلّ هذا أولى ممّا في السرائر من تنقيح ذلك، فإنّه ـ بعد أن ذكر أنّ للموصي الرجوع في وصيّته ما دام حيّاً عاقلاً[1] ـ قال متّصلاً بذلك: «وإذا أوصى الإنسان بثلث ماله لشخص، ثمّ بعد ذلك أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص، كان الثلث لمن أوصى له أخيراً، وكانت الوصيّة الأخيرة ناسخة للأُولى ورافعة لحكمها؛ لأنّ الإنسان لا يستحقّ من ماله بعد وفاته إلّا ثلث ماله، فإذا أوصى به لإنسان ثمّ أوصى به بعد ذلك لإنسان آخر فقد نقل الثلث الذي يستحقّه من الأوّل إلى الثاني؛ لأنّه يعلم أنّه لا يستحقّ سوى الثلث، فإذا أوصى به بعده فقد رجع عن الوصيّة الأُولى، وللإنسان أن يرجع عن وصيّته ويبدّلها ويغيّر أحكامها ما دام حيّاً ثابت العقل».

«فليلحظ ذلك، فهذا معنى قول أصحابنا وما يوجد في الكتب: أنّه إذا أوصى لإنسان بوصيّة ثمّ أوصى بأُخرى، فإن أمكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما، وإلّا كان العمل على الأخيرة دون الأُولى».

«وأمّا إذا أوصى بشيء ولم يذكر الثلث، ثمّ أوصى بشيء آخر

---

(١) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٤.

ولم يذكر الثلث، فإنّ مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأوّل فالأوّل، ويكون النقصان ـ إن لم يفِ الثلث ـ داخلاً على من ذكر أخيراً؛ لأنّه لمّا أوصى للأوّل ما قال: أوصيت له بثلثي، وكذلك الثاني والثالث، فظنّ أنّ ثلثه يبلغ مقدار جميع ما ذكره، ولم ينقل عن الأوّل ما أوصى له به، وكذلك الثاني، فلو علم أنّه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به لم يوص بعده بشيء آخر، فإذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيراً».

«فهذا الفرق بين المسألتين، فلا يظنّ ظانّ أنّ المسألتين واحدة، وأنّ بينهما تناقضاً، وأنّ مذهب أصحابنا أنّ الوصيّة الثانية ناسخة للأُولى في جميع المواضع، ولا أنّ الواجب[1] بالأُولى في الجميع».

إلى أن قال: «ويدلّ على ما قلناه قول الشيخ في المبسوط»[2].

ونقل ما تسمعه عنه من العبارة المشتملة على ما تعرف من الغرائب على ما حكاها في المختلف[3]، وأغرب من ذلك ما حكاها هو عنه، ولعلّ نسخ المبسوط مختلفة، فلاحظ وتأمّل.

↑ ج ٢٨ / ٣٠٥

لكن لا يخفى عليك: أنّ ما ذكرناه أجود منه؛ ضرورة إمكان وصيّته بثلث آخر اعتماداً على إجازة الوارث، فلا يكون علمه بأنّه ليس له إلّا ثلث قرينةً على اتّحاد الموصى به لو أوصى لكلّ من الشخصين بثلث ماله. بل ما ذكره أيضاً ـ من أنّ الموصي لم يرد إلّا

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: البدأة.

(٢) السرائر: (انظر الهامش قبل السابق: ص ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٣) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٢.

الوصيّة بمقدار ثلثه ، وإن اشتبه في سعته ـ واضح المنع ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى .

وعلى كلّ حال ، فلا يتوهّم هنا إعمال قاعدة الإطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص في المقام ، حتّى يتّجه أنّه لو أوصى بثلث المال ثمّ بجميعه ـ أو بالعكس ـ تخصيص الجميع بما عدا الثلث ، فيعطى ذو الجميع مع الإجازة الثلثين لو كان متأخّراً .

أمّا لو كان هو المتقدّم نفذ له ثلث ، وتوقّف الثلث الثاني والثلث الموصى به للمتأخّر على الإجازة .

ولو قال : «ثلثي لزيد» ثمّ قال : «جميع المال لعمرو» توقّف الوصيّة الثانية على الإجازة .

وكذا لو عكس ، ولا يكون رجوعاً عن مقدار الثلث ؛ لأنّه بما عرفت يكون المراد من «جميع المال» ما عدا ثلثه .

إلى غير ذلك ممّا يتفرّع على هذا التقدير .

لكنّ الذي يظهر : عدم مراعاته ؛ ولعلّه لأنّ المفهوم عرفاً في أمثال المقام عدم التقييد والتخصيص ، وأنّه كالخاصّ أو المقيّد بعد حضور وقت العمل بالعامّ والمطلق ، أو كالإخبارات التي لا يجوز نحو ذلك فيها بعد الفراغ من التشاغل بها ؛ لأنّ وقت حاجتها حال وقوعها ، أو لأنّ المراد بها إنشاء تمليك ومثله لا يجري فيه الإطلاق والتقييد ... أو لغير ذلك .

وأمّا احتمال التزام الأصحاب ذلك كلّه فيما سمعت وغيره ، فإنّه

يأباه ملاحظة كلماتهم.

ومن الغريب ـ بعد ذلك كلّه ـ ما وقع للكركي في المقام من أنّ «الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلّقها الثلث الذي يجوز للمريض الوصيّة به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه؛ حملاً للبيع على معناه الحقيقي. وحينئذٍ فيتحقّق التضادّ ـ في مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو ـ فيكون الثاني ناسخاً للأوّل فيقدّم»[1] وأولى منه ما لو قال: ثلث مالي.

ثمّ فرّع عليه: أنّه لو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس ـ وانتفت القرائن ـ تكون الوصيّة الأخيرة رافعة للأوّل، مع اعترافه بأنّه مخالف لما صرّح به جميع الأصحاب[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٠٦

والحامل له على ذلك: ما فهمه من أنّ إطلاق الوصيّة محمول على النافذة. وأنت قد عرفت ممّا حقّقناه سابقاً أنّ الإطلاق في الوصيّة وغيرها من العقود إنّما يقتضي إرادة معنى ما تعلّق به العقد، لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، وإن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحّة القابلة للنفوذ وعدمه؛ بسبب رفع المانع أو تحقّق الشرط الشرعي وعدمهما.

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٢.

(٢) المصدر السابق: ص ١٢٣.

ففي البيع : إذا علّقه على النصف من غير تعرّض لكونه المستحقّ له أو المشاع بينه وبين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه ، وله محلّ ينفذ فيه ، باعتبار استحقاق العاقد ـ المخاطب بالوفاء بعقده ـ نصفاً ، فينفذ ، وينزّل عليه تنزيلاً شرعيّاً لا قصديّاً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك .

وكذا ما نحن فيه ، فإنّ الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلّا تمليك الثلث في نفسه ، إلّا أنّه لمّا كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصيّة به ، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلّاً ينفذ فيه لسبق السبب الأوّل ، وإنّما صادف محلّاً ينفذ فيه مع الإجازة ، فيتعلّق حينئذٍ كذلك على حسب ما صادف ، كما هو واضح .

ولا يسمّى مثله باطلاً ، بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الإجازة تنفيذاً ، لا ابتداء عطيّة كما عرفت ، فتصرّف الموصي حينئذٍ يقع في ماله ، إلّا أنّه كان متوقّفاً على إجازة الوارث ، وفيها[1] يتمّ تصرّفه في ماله ، لا أنّه يكون التصرّف من الوارث ، فلا دلالة في الوصيّة الثانية على الرجوع عن الأُولى لعدم التضادّ بينهما .

بخلاف ما لو علّقها بما علّق الأُولى ، فإنّه يحصل التضادّ ، فليس إلّا الفسخ والرجوع ، ويكون الثاني كالوارد على الأوّل فينسخه ؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالدليل الوارد على الأصل ؛ إذ لا معارض للثانية إلّا استصحاب صحّة الأُولى المعارض بما وقع من نفس الوصيّة الثانية ،

---

(١) في بعض النسخ: وبها.

ومن هنا حكمنا بنسخ الأُولى للثانية، دون العكس.

وكذا لو قال: «ثلث لزيد» ثمّ قال: «ثلثي لعمرو» فإنّه رجوع، بخلاف العكس.

وبما ذكرنا يظهر لك الحال فيما ذكره جملة من الأصحاب في المقام، فإنّه كما في المسالك: «قد اختلف اختلافاً كثيراً حتّى من الرجل الواحد في الكتب المتعدّدة، بل الكتاب الواحد»[1].

↑ ج ٢٨ / ٣٠٧

بل فيها: «أنّه اتّفق لشيخ الطائفة في المسألة غرائب، حيث قال في الخلاف: إذا أوصى بثلث ماله لإنسان ثمّ أوصى بثلث ماله لغيره ولم يجز الورثة، كانت الوصيّة الثانية رافعة للأُولى وناسخة لها، ثمّ استدلّ عليه: بإجماع الفرقة وأخبارهم، وبأنّه لو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان، فإنّه يكون رجوعاً عن الأُولى، فكذا إذا أطلق، وادّعى عدم الفرق بين المقيّد والمطلق[2]».

«ثمّ قال فيه أيضاً: لو أوصى لشخص بماله ولآخر بثلثه وأجازوا بطل الأخير، ولو بدئ بالثلث وأجازوا أُعطي الأوّل الثلث والأخير الثلثين[3]».

«وهذا ظاهر المنافاة للسابق الذي ادّعى عليه الإجماع؛ لأنّ الثلث في المسألة الثانية مضاف إليه، فهو أقوى في إرادة ثلثه الخاصّ به من

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦٣.

(٢) الخلاف: الوصايا / مسألة ٢٨ ج ٤ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٣) الخلاف: الوصايا / مسألة ١١ ج ٤ ص ١٤٢.

ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعاً، وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثّر في دفع المنافاة؛ لأنّ جميع ماله متضمّن للثلث الذي أوصى به ثانياً».

«وما احتجّ به من الأخبار لم نقف عليه أصلاً، إلّا من حيث عموم ما دلّ منها على جواز الرجوع عن الوصيّة، وذلك لا يفيده؛ لمنع تناوله للمتنازع».

«وأمّا عدم فرقه بين المطلق والمقيّد فغنيّ عن الجواب»[1].

قلت: ومضافاً إلى ذلك أنّه إذا حمل المطلق على إرادة ثلثه، لم يتّجه اشتراط عدم إجازة الوارث في النسخ والرجوع؛ ضرورة عدم مدخليّة ذلك فيه.

والمتّجه فيما ذكره من المثال الثاني ـ بناءً على المختار ـ الرجوع في مقدار ثلثه للتضادّ فيه، فمع الإجازة يعطى ذو الوصيّة بجميع المال الثلثين، ويختصّ الآخر بثلث الميّت من غير حاجة إلى إجازة، ومع عدمها يختصّ البطلان بالوصيّة الأُولى التي قد رجع عن الوصيّة بثلثه فيها[2].

وأمّا صورة العكس فالمتّجه فيها مع الإجازة اختصاص الثاني بالمال كلّه؛ لأنّها مضادّة للأُولى في ثلث الميّت، فتكون رجوعاً،

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦٦.

(٢) في العبارة شيء، إذ الرجوع ليس عن الوصيّة بالثلث، بل عن الوصيّة بالجميع، نعم الرجوع عن الجميع يتمّ عن طريق الوصيّة بالثلث.

فتتوقّف في الباقي على الإجازة، ومع عدمها يختصّ بالثلث وتبطل في الثلثين، وعلى كلّ حال تبطل الأُولى.

وكأنّه رحمه الله قد استعمل هنا قاعدة الإطلاق والتقييد التي قد عرفت الحال فيها، فقال في المحكي من مبسوطه ـ بعد أن ذكر ما سمعته من الخلاف ـ : «رجل أوصى بثلث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث، قد بيّنّا مذهبنا فيه؛ وهو أن يمضى الأوّل، فإن اشتبه استعمل القرعة»[1] فجزم في هذه بتقديم الأُولى ناسباً له إلى مذهبنا.

ثمّ قال بعد ذلك: «إذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله، ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله، فهاتان وصيّتان بثلثي ماله، وكذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، ثمّ أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه، فهما وصيّتان، وتكون الثانية رجوعاً عن الأُولى، وفيهم من قال: لا يكون رجوعاً».

ج ٢٨ / ٣٠٨

«فمن قال: إنّه ليس برجوع لها[2] إن أجاز الورثة يكون لكلّ واحد منهما ثلث ماله، وكذا يقول من قال: هو رجوع».

«ولو ردّ أحدهما: فعلى ما قلناه من أنّ الثاني رجوع عن الأُولى ينظر: فإن رجع الأوّل فلا تأثير لرجوعه؛ لأنّ الوصيّة له قد بطلت بالوصيّة للثاني، فإن رجع الثاني ولم يقبلها رجع المال إلى الورثة؛ لأنّ الوصيّة للأوّل كان قد بطلت بالوصيّة للثاني»[3].

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ١١.

(٢) في المصدر بدلها: «قال ينظر».

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٢.

وهذا ظاهر التنافي ؛ إذ لا فرق بينهما إلّا بالوارث والأجنبي اللذين لا مدخليّة لهما في ذلك عندنا ، خلافاً للعامّة [١].

مضافاً : إلى ما سمعته من الخلاف [٢] من الإجماع على النسخ في نحو الفرض الذي قد جزم فيه بتقديم الأُولى .

وإلى ما في قوله : «فهاتان وصيّتان بثلثي ماله» من الإشكال ؛ ضرورة كونه على تقدير الرجوع ليس إلّا وصيّة بثلث واحد ، كالعبد الذي فرضه مثالاً .

بل وإلى ما في قوله بعد ذلك : «وكذا يقول من قال : هو رجوع» من الإشكال أيضاً ؛ ضرورة أنّ القائل بالرجوع يقول : ليس إلّا الثلث للثاني ، كما هو واضح .

وقد حكاها فيما حضرنا من السرائر عن المبسوط بطريق آخر أشكل من ذلك [٣]، ولعلّ نسخ المبسوط مختلفة ، فلاحظ وتأمّل .

والضابط في المسألة ما عرفت ، وبمراعاته تعرف كثيراً من نحو ذلك في كلامهم .

والظاهر عدم الفرق في تحقّق الرجوع بالتضادّ : بين كون متعلّق الوصيّة ثلث الميّت ، وكون متعلّقها ثلثي الوارث ، وفائدة الرجوع فيهما عدم صحّة المنسوخة حتّى لو أجاز الوارث ؛ لبطلانها بالرجوع

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤١٩، المجموع: ج ١٥ ص ٣٩٩.

(٢) تقدّم في ص ٦٤٨.

(٣) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٦.

فلا تنفع الإجازة.

ولا يتوهّم أنّ تعدّد الوصايا فيهما كتعدّد العقد من الفضولي الذي يخيّر المالك في إجازة ما شاء من العقدين أو العقود؛ ضرورة وضوح الفرق بين المقامين بما عرفت من أنّ الإجازة هنا تنفيذ لا هبة؛ بمعنى: رضا الوارث أن لا يكون وارثاً، فيكون التصرّف من الموصي، بخلاف الفضولي في البيع مثلاً، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو اشتبه الأوّل﴾ الذي يستحقّ الوصيّة، أو رجع عنه ﴿استخرج بالقرعة﴾ التي هي لكلّ أمر مشكل؛ باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع، فيكتب حينئذٍ اسم أحدهما وأنّه السابق أو المتأخّر في رقعة، وفي أُخرى كذلك، ثمّ يخفيان، ثمّ يخرج إحداهما ويعمل عليها، وهكذا مع التعدّد.

ج ٢٨ / ٣٠٩

كما أنّه يرجع إليها أيضاً لو اشتبه الحال في وجود الأوّل وعدمه، ثمّ على تقديره ففي تعيينه، وإن كان كيفيّتها حينئذٍ باستخراج وجود أوّل وعدمه أوّلاً، فإن خرج أنّ فيها أوّلاً استعملت في إخراجه حينئذٍ بالكيفيّة السابقة.

ولو أوصى بوصايا تزيد على الثلث، فلم يجز الوارث شيئاً معيّناً منها، ولكن لم يعلم أنّها على الترتيب على وجهٍ يكون المعيّن الذي لم يجزه الوارث هو الزائد على الثلث، أو كانت الوصايا دفعةً، أُقرع أوّلاً لبيان أنّها دفعة أو مرتّبة:

فإن كان الأوّل: أُقرع أيضاً لإخراج ما يختصّ بعدم الإجازة منها،

فإنّ الظاهر عدم الخيار للوارث في ذلك ؛ لأنّ أقصى ما له عدم إجازة الزائد ، وأمّا تعيينه ـ بعد فرض تعلّق حقّ الوصيّة في الجميع ـ فبالقرعة .

وإن كان الثاني : جعل جميع المحتملات سهاماً متعدّدة ، واستخرج أحدها وعمل عليه .

وبالتأمّل في نحو ذلك يظهر لك الحال في فروع متعدّدة ، والله العالم .

﴿ولو أوصى بعتق مماليكه، دخل في ذلك من يملكه منفرداً ومن يملك بعضه﴾ بناءً على صدق اسم المملوك على الكلّ والبعض ، وإن كان لا يخلو من شيء في عرف هذا العصر ، وعموميّة الجمع المضاف إنّما هي فيما يصدق عليه مفرده .

لكن ليس محلّ البحث هنا من هذه الجهة ؛ إذ يمكن فرضه بحيث يتناول ذلك ﴿و﴾ لو بالقرينة .

إنّما الكلام في أنّه إذا فعل ذلك ﴿أُعتق نصيبه حسبُ﴾ كما هو المعروف بين الأصحاب [1] ، بل ربّما ظهر من بعضهم : الإجماع عليه [2] ؛ لأصالة عدم السراية ، ولأنّ العتق إنّما حصل بعد الموت ، ولا مال بعده

---

(١) اختاره في المبسوط: كتاب العتق ج ٦ ص ٥٧، والسرائر: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج٣ ص ٢١٤، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٦٠، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٧.

(٢) حكى في الرياض عن بعض الأجلّة أنّ الحلّي والمتأخّرين كافّة على ذلك، انظره: الوصايا/ في الموصى به ج ١٠ ص ٣٦٤. والظاهر ـ كما في مفتاح الكرامة ـ أنّ مقصوده ببعض الأجلّة هو صاحب الحدائق الناضرة، انظره: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٤٥.

للموصي كي يقوّم عليه.

أ﴿و﴾ كما ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في نهايته[١] وتبعه الفاضل في المحكي من مختلفه[٢]: ﴿يقوّم عليه حصّة شريكه إن احتمل ثلثه ذلك[٣]، وإلّا اُعتق منهم مَن[٤] يحتمله الثلث﴾ خاصّة.

﴿وبه رواية فيها ضعف﴾ بأحمد بن زياد الواقفي الذي هو غير ثقة في مذهبه أيضاً كما في المسالك[٥]. لكن في الفقيه[٦] روايته عن البزنطي عن أحمد بن زياد المزبور، وهو من أصحاب الإجماع[٧]، بل قيل: إنّه لا يروي إلّا عن ثقة[٨].

ج ٢٨ / ٣١٠

قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن الرجل تحضره الوفاة، وله مماليك لخاصّة نفسه، وله مماليك في شركة آخر، فيوصي في وصيّته: مماليكي أحرار، ما حال مماليكه الذين في الشركة؟ فقال: يقوّمون إن كان ماله يحتمل، ثمّ هم أحرار»[٩].

---

(١) النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٦٣.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٦.

(٣ و٤) في نسختي الشرائع والمسالك: لذلك... ما.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦٩.

(٦) يأتي تخريجه قريباً.

(٧) اختيار معرفة الرجال: ح ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

(٨) عدّة الأُصول: القرائن التي تدلّ على صحّة أخبار الآحاد ج ١ ص ١٥٤.

(٩) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١٧ ج ٧ ص ٢٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢٢ ج ٩ ص ٢٢٢، وسائل الشيعة: باب ٧٤ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٠٧.

إلّا أنّه ـ مع عدم جمعه شرائط الحجّيّة على ما في المسالك[١] وغيرها[٢]، وإعراض المعظم عنه، بل فيما حضرني من نسخة الفقيه: «ما خلا مماليكي الذين في الشركة»[٣] وحينئذٍ يخرج عمّا نحن فيه ويراد بالتقويم فيه بالنسبة إلى الثلث، وإعراض المعظم عنه ـ محتمل أو ظاهر في التنجيز الذي يطلق على نحوه أنّه وصيّة إذا كان في مرض الموت، وحينئذٍ سراية العتق مع احتمال الثلث متّجهة؛ لحصول الشرط.

أو يحمل على الوصيّة، لكن يُفرض أنّ الميّت له مال بقطع رأسه بعد موته، فإنّ الدية له دون الوارث.

أو أنّه قد أوصى بثلثه على وجهٍ يكون له، فإنّه يصحّ ويصرف في مصالحه، فإنّه قد يقال بالسراية حينئذٍ باعتبار كون الميّت له مال فيحصل الشرط، بخلاف ما إذا لم يوص، فإنّه لا ثلث له حينئذٍ، فلا يكون له مال، فلم يوجد سبب السراية.

ودعوى[٤]: كون الوصيّة ـ التي هي سبب السبب ـ قد وقعت في حال الحياة وله مال.

يدفعها: أنّ السبب العتق لا الوصيّة، والفرض وقوعه في حال

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦٩.

(٢) كرياض المسائل: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ٣٦٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالعتق ح ٥٤٩٧ ج ٤ ص ٢١٣.

(٤) ذكرت بعنوان «إن قيل» في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٦٨، وانظر مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٦، والدروس الشرعيّة: العتق / درس ١٦١ ج ٢ ص ٢١٠.

لا مال له فيه، فلا يترتّب عليه مسبّبه الذي هو السراية؛ ضرورة تخلّف المسبّب عن السبب إذا لم يحصل الشرط، كما هو واضح.

﴿ولو أوصى بشيء واحد لاثنين﴾ على وجهٍ لا ترتيب بينهما، بأن كان بلفظ واحد مثلاً؛ كما لو قال: «لزيد وعمرو مائة» أو قال: «لزيد وعمرو الدار الفلانيّة، لكلّ واحد نصفها» بل وكذا لو قال: «لهما الدار، لزيد البيت الفلاني منها والباقي لعمرو» لأنّ تفصيله وقع بياناً لما أجمله أوّلاً وقد أوصى به دفعةً، نعم لو اقتصر على التفصيل كان وصيّتين.

وعلى كلّ حال، فإذا أوصى لهما بوصيّة واحدة على التخصيص أو الإشاعة ﴿وهو﴾ أي الموصى به ﴿يزيد على[1] الثلث ولم يجز[2] الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث﴾ ويبطل الباقي؛ لأنّها وصيّة واحدة ﴿و﴾ أمّا ﴿لو جعل لكلّ واحد منهما شيئاً﴾ مرتّباً في وصيّته لكلّ واحد منهما بوصيّة مستقلّة، كما لو قال: «لزيد مائة، ولعمرو خمسون» ﴿بُدئ بعطيّة الأوّل وكان النقص على الثاني منهما﴾.

↑ ج ٢٨ / ٣١١

بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف؛ ضرورة كونها في الثاني وصيّتين متعاقبتين، وقد عرفت سابقاً حكم الوصايا المتعدّدة المتعاقبة.

﴿ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثمّ قالوا: ظننّا أنّه قليل، قضي عليهم بما ظنّوه وأُحلفوا على الزائد﴾ فلو قالوا: «ظننّا

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: عن.

(٢) في نسخة المسالك: ولم تجز.

أنّه ألف درهم فظهر ألف دينار» قضي عليهم بصحّة الإجازة في خمسمائة درهم، وأُحلفوا على نفي ظنّ الزيادة، أو عدم إجازتها؛ لموافقة دعواهم لأصل عدم الإجازة ولأصل عدم العلم بالزائد المستند إلى أصل عدم الزيادة.

مضافاً إلى أنّ المال ممّا يخفى، وإلى أنّ دعواهم يمكن أن تكون صادقة، ولا يمكن الاطّلاع عليها إلّا من قبلهم؛ لأنّ الظنّ من الأُمور النفسانيّة، فلو لم يكتف باليمين لزم الضرر؛ لتعذّر إقامة البيّنة على دعواهم.

وهذا الحكم وإن ذكره غير واحد من الأصحاب ـ بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً[1] ﴿و﴾ إن قال المصنّف هنا: ﴿فيه تردّد﴾ ـ لكنّه محتاج إلى تفصيل؛ ضرورة كون الظنّ المزبور تارةً يكون من المقارنات بحيث لا يكون مقيّداً للإجازة، وأُخرى يكون كذلك بأن يرجع إلى إجازة ما ظنّوه أنّه نصف ماله.

أمّا الأُولى: فلا ريب في تأثير الإجازة فيما تعلّقت به، سواء كان المجيز ظانّاً لمصداق خاصّ، أو قاطعاً به، أو مجرّداً عن ذلك؛ ضرورة عدم مدخليّة الحال المزبور في ذلك.

وأمّا الثانية: فلا ريب في تقييد الإجازة بذلك، إنّما الكلام في قبول

---

(١) ذهب إلى ذلك في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٠ ـ ١١، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٦٠، والدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٤ ج ٢ ص ٣٠٥، وجامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٥.

دعوى ذلك منهم بعد فرض تعلّق ما صدر منهم من الإجازة باللفظ الذي له معنى في الواقع ويجب الأخذ به في الإقرارات والنذور والوصايا والعقود... وغيرها، والأصل عدم ظنّ قلّة المال وعدم ظنّ كثرته، ولو سلّم فالأصل عدم تقييد الإجازة بذلك، ومجرّد وجود الظنّ أعمّ من ذلك كما عرفت، فقبول الدعوى في أصل الظنّ وفي تقييد الإجازة بالمظنون ـ مع ظهور ما أفادها في خلافه ـ مخالف للضوابط الشرعيّة، كما هو واضح.

ولعلّ تردّد المصنّف فيه من ذلك، وإليه أو بعضه يرجع ما وجّهه به في المسالك، فإنّه جعله: ممّا سمعته أوّلاً، ومن تناول اللفظ للقليل والكثير، والإقدام على ذلك، مع كون المال ممّا يخفى، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقّن الدلالة على معنى يعمّ الجميع إلى دعوى ظنّ يجوز كذبه، لكن مع ذلك قال: «الأقوى القبول»[1][2].

↑ ج ٢٨ / ٣١٢

وكيف كان، فحيث تنزّل الإجازة على المظنون ـ ولو للقرائن ـ يدفع للموصى له نصف ما ظنّوه وثلث باقي التركة؛ لنفوذ الوصيّة في ثلثه، وعدم الإجازة إنّما أبطل الوصيّة في الزائد عليه بالنسبة إليه خاصّة، بخلاف ما ظنّوه، فإنّ الوصيّة نفذت في ثلثه والزائد عليه للإجازة، كما هو واضح.

هذا كلّه إذا أوصى بجزء مشاع ﴿أمّا لو أوصى بعبد أو دار

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧٠.

(٢) جملة «لكن مع ذلك...» إلى آخرها ضرب عليها في بعض النسخ.

فأجازوا الوصيّة، ثمّ ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير، لم يلتفت إلى دعواهم؛ لأنّ الإجازة هنا تضمّنت معلوماً لا مجهولاً كالنصف والثلث، فلا تسمع دعواهم التي هي مخالفة للبناء على أصل قلّة المال وعدم كثرته، فهي كأنّها مخالفة للأصل، وبذلك فرّقوا بين المسألتين.

لكن مال في الدروس إلى التسوية بينهما في القبول[1]، وجعله في محكيّ التحرير وجهاً[2]، وفي القواعد احتمالاً[3].

ووجهه: أنّ الإجازة وإن وقعت على معلوم إلّا أنّ كونه بمقدار الثلث أو ما قاربه ممّا يتسامح فيه إنّما يعلم بعد العلم بمقدار التركة، والأصل عدم علمهم بمقدارها وبنائهم على الظنّ، فكما احتمل ظنّهم قلّة النصف في نفسه يحتمل ظنّهم قلّة المعيّن بالإضافة إلى المجموع وإن لم يكن قليلاً في نفسه، ومخالفة الأصل هنا لظنّهم كثرة المال ـ مع أنّ الأصل عدمه ـ لا يؤثّر في دفع الظنّ عنه واعتقاد كثرته، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة، ولكن ظهر عليه دين قدّم على الوصيّة، فقلّ المال الفاضل عنهما، وهذا موافق للأصل كالأوّل.

وأيضاً عمدة المقتضي للقبول في الأوّل: إمكان صدقهم في الدعوى وتعذّر إقامة البيّنة بما يعتقدونه، وهو متحقّق هنا؛ لأنّ الأصل

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٤ ج ٢ ص ٣٠٥.

(٢) تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٢.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٨.

عدم العلم بمقدار التركة، وذلك يقتضي جهالة القدر المعيّن من التركة كالمشاع، ومن ذلك قال في المسالك: «لعلّ القبول أوجه»[1].

لكنّك خبير ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه في السابقة ـ أنّ عدم القبول هنا أوجه وأولى، بل لو سلّم لهم ظنّ ذلك لم تتقيّد به الإجازة، كما هو واضح، والله العالم.

﴿وإذا أوصى بثلث ماله مثلاً مشاعاً، كان للموصى له من كلّ شيء ثلثه﴾ على حسب ما أوصى به الموصي، فيكون شريكاً للوارث بالمقدار المعلوم.

﴿وإن أوصى بشيء معيّن وكان بقدر الثلث، فقد ملكه الموصى له بالموت﴾ والقبول؛ لما عرفته سابقاً من أنّ له حصر ثلثه في عين معيّنة؛ لعموم أدلّة الوصيّة السالم عن المعارض ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿ـلا اعتراض فيه للورثة، و﴾ لا حاجة إلى إجازتهم ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٣١٣

نعم ﴿لو كان له مال غائب أُخذ﴾ له ﴿من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر﴾ إن كانت قابلة للقسمة، وإلّا ملك المقدار المزبور من غير اعتراض للورّاث عليه.

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يقف الباقي حتّى يحصل من﴾ المال ﴿الغائب﴾ ما يحتمله ﴿لأنّ الغائب معرّض للتلف﴾ فلو دفع جميع العين للموصى له ثمّ تلف المال دخل الضرر على الوارث، بخلاف ما قابل المال الحاضر، فإنّه لا ضرر عليه أصلاً.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧١.

ومن هنا يتّجه جواز التصرّف للموصى له فيما أخذه من العين في مقابلة ثلث المال الحاضر ؛ لعموم : تسليط النـاس عـلى أمـوالهـم[١]، ولا ضرر على الوارث وإن اختلف تصرّفه في ذلك بالنسبة إلى ما انتقل إليه من العين من حيث الإشاعة وعدمها ، فإنّه يـتصرّف عـلى حسب المال المنتقل إليه .

واحتمال : أنّ تسلّطه على ذلك مشـروط بـتسلّط الوارث عـلى ما قابل الباقي من المال الغائب لا دليل عليه ، فما وقع من الإشكال فيه من بعضهم في غير محلّه[٢].

ولقد أجاد في المسالك في ردّه بـ«أنّ مـجرّد الاحـتمال لا يـقوم دليلاً على منع المالك المستقرّ مـلكه عـلى الثـلث ، مـع كـون البـاقي غير خارج عن ملكه ، بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغائب، وإلّا فأصل الملك حاصل بالوصيّة والقبول والخروج مـن الثـلث فـي الجملة ، ومن ثَمَّ لو حضر الغائب كان نماء العين أجـمع للـموصى له ، ومراعاة حقّ الوارث باحتمال تلف المال تحصل بإيقاف ما زاد عـلى الثلث إلى أن يظهر الحال»[٣].

قلت : بل إن لم يقم إجماع أمكن أن يقال : للموصى له التصرّف في تمام العين الموصى بها بمجرّد سعة ثلث المـال لهـا وإن كـان غـائباً ؛

---

(١) تقدّم في ص ٥٠٥.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٨، وجعله الحق في إيضاح الفوائد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٩.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧٣.

لإطلاق أدلّة الوصيّة ، وإن كان للوارث الرجوع عليه لو تلف المال قبل قبضه ، فإنّه ينكشف حينئذٍ عدم ملك الموصى له تـمامها ، أو يـنفسخ ملكه به ، ولعلّ المتّجه بناءً على ما سمعته من المسالك ذلك أيضاً ؛ لأنّ عدم الاستقرار لا ينافي تصرّف المالك في ملكه للعمومات .

ج ٢٨ / ٣١٤

لكن لمّا كان مرجع ذلك إلى الحكم بملكيّة الموصى له ظاهراً إلى أن يحصل التلف ؛ لإطلاق أدلّة الوصيّة ، فيكون هو كالمانع عـن بـقاء الملك فيحصل الفسخ به ، المـعارض بـاحتمال أنّ المـال عـلى مـلك الوارث إلى أن يحصل ما يقابل الموصى به ؛ لعدم ملك المـوصي غـير الثلث المشاع مع الوارث ، فلا يملك الموصى له العين إلّا مع حـصول ضعفه من ثلثه[1] للوارث .

ولعلّه لعدم ظهور الأدلّة في شيء من ذلك حكم المصنّف وغيره[2] بالإيقاف في يد مؤتمن إلى أن يظهر الحال ، كما يوقف نصيب الحـمل والمال الذي باعه مالكه لآخر فضولاً إلى حصول الولادة والإجـازة ، ولأنّ أصالة عدم التلف معارضة بأصالة عدم القبض ، والله العالم .

﴿فرع﴾ :

﴿لو أوصى بثلث عبده﴾ المملوك له في ظاهر الحـال ﴿فـخرج ثلثاه مستحقّاً، انصرفت الوصيّة إلى الثلث الباقي؛ تحصيلاً لإمكان العمل بالوصيّة﴾ الذي يجب مراعاته ما دام ممكناً .

---

(١) في بعض النسخ: ثلثيه.

(٢) كالبحراني في الحدائق: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

ولا ينزّل ذلك على الإشاعة حتّى يصحّ في ثلث الثلث خاصّة كالإقرار كما عن بعض العامّة[١]؛ لما عرفته سابقاً من أنّ الوصيّة متى صادفت محلّاً قابلاً للنفوذ نفذت، وهو في الفرض متحقّق، وكذا البيع على الأصحّ، وجواز الفضولي فيه أو فيها أيضاً لا ينافي ذلك، فما في المسالك من بناء هذه المسألة على ذلك[٢] في غير محلّه.

فحينئذٍ إن وسع المال أُعطي الموصى له تمام الثلث، وإن لم يكن له مال سواه نفذت الوصيّة في ثلث الثلث، ووقف في الباقي على الإجازة كما هو واضح.

﴿ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلّل والمحرّم﴾ للاشتراك لفظاً أو معنىً ﴿انصرف إلى المحلّل؛ تحصيناً لقصد المسلم عن المحرّم﴾ ولكلامه عن اللغو أو المنهي عنه شرعاً، ولوجوب تنفيذ الوصيّة، فلذلك وجب صرفه إلى المحلّل.

وذلك ﴿كما لو[٣] أوصى﴾ بطبلٍ من طبوله وكان فيها المحلّل والمحرّم، بل أو ﴿بعود من عيدانه﴾ بناءً على عدم انصرافه إلى اللهو، وإلّا بطلت الوصيّة فيه، كما في كلّ لفظ ظاهر في المحرّم ولو للقرينة؛ لأنّ أصالة الصحّة لا تعارض ظاهر اللفظ، وإنّما أقصاها تعيين ما لا ظهور فيه من الألفاظ بخلافها، وإلّا كان مقدّماً عليها؛ لعموم ما دلّ على العمل بظاهره وترتيب الأحكام عليه، كما هو مبيّن في محلّه.

↑ ج ٢٨ / ٣١٥

(١) المجموع: ج ١٥ ص ٤٥٥.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: إذا.

﴿ولو لم يكن له[١] إلّا عود اللهو﴾ وأمكن تحويله إلى الصفة المحلّلة مع بقاء اسم العود عليه ﴿قيل: تبطل[٢]﴾ الوصيّة؛ لأنّها بغير المشروع ﴿وقيل: تصحّ ويزال[٣] عنه الصفة المحرّمة﴾ وهو الأقوى؛ لإطلاق أدلّة الوصيّة، وكونه على صفة محرّمة لا يخرجه عن الملكيّة، والفرض عدم الوصيّة به مقيّداً ببقائه على تلك الصفة كي يكون الوصيّة به من غير المشروع.

نعم، لو توقّف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود، اتّجه البطلان حينئذٍ؛ لعدم التمكّن من إنفاذها على وجهها، إذ شراء عود له ذي صفة محلّلة خروج عنها، والفرض عدم غيره عنده، وأنّ إزالة صفته المحرّمة متوقّفة على إخراج اسمه القاضي ببطلان الوصيّة به.

ودعوى[٤]: أنّه إذا انتقل إلى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء، ومن جملته كسره ـ بل هو واجب حيث يتوقّف زوال الصفة المحرّمة عليه، فلا يقدح ذلك في جواز الوصيّة ـ يدفعها: أنّ صحّتها موقوفة على كسره، فيدور.

ولو قيل: إنّه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ـ ليندفع الدور ـ جاء فيه ما تقدّم من زوال اسم العود الذي هو متعلّق الوصيّة، فلا يكون بعد كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: عود.

(٢ و٣) في نسختي الشرائع والمسالك: يبطل... يصحّ وتزال.

(٤) ذكرها بعنوان «لا يقال» في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧٥.

وإلى ما ذكرنا يرجع قول المصنّف: ﴿أمّا لو لم يكن فيه منفعة إلّا﴾ المنفعة ﴿المحرّمة بطلت الوصيّة﴾ وإن قال في المسالك: «إطلاق العبارة يقتضي: أنّ زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة، لو تحقّق بكسره و[1] الانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحلّلة، كفى في الصحّة على هذا القول» ثمّ أشكله بما عرفت[2].

لكن قد يقال: إنّ مراد القائل الإزالة التي لا تخرجه عن اسم الموصى به، والأمر سهل، والله العالم.

﴿وتصحّ الوصيّة بالكلاب المملوكة؛ ككلب الصيد والماشية والحائط والزرع﴾ وبالجرو القابل للتعليم؛ لما عرفته مفصّلاً في كتاب البيع[3]، بل لعلّ الأقوى جواز الوصيّة بها وإن لم نقل بملكها وجواز بيعها؛ لثبوت الاختصاص الكافي في صحّة الوصيّة بها.

↑ ج ٢٨ / ٣١٦

نعم، لا تصحّ الوصيّة بالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه؛ لعدم ثبوت يد اختصاص عليه، بخلاف ما تثبت يد الاختصاص فيه.

بل يقوى جواز الوصيّة به وإن لم يكن في التركة؛ لوجوب تنزيلها على تحصيله بمعاوضة الصلح من التركة ونحوه، وتعذّر البيع خاصّة لا يبطلها، فما في المسالك من «أنّ الأقوى البطلان»[4] واضح الضعف، والله العالم.

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في ج ٢٣ ص ٢٢٥...

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى به ج ٦ ص ١٧٦.

﴿الطرف الثاني: في الوصيّة المبهمة﴾ لغةً وعرفاً

﴿من أوصى بجزء من ماله ففيه[١] روايتان، أشهرهما﴾ روايةً: ﴿العُشر﴾ وفتوى: السُّبع ﴿وفي رواية﴾ ثالثة لم نجد العامل بها: ﴿سُبع الثلث﴾.

ولعلّ الأقوى الأوّل؛ لقول أبي جعفر عليه السلام في حسن أبان بن تغلب: «الجزء واحد من عشرة؛ لأنّ الجبال عشرة والطيور أربعة»[٢].

وصحيح عبد الله بن سنان ـ على ما في الاستبصار[٣] والمختلف[٤] والدروس[٥] ـ: «إنّ امرأة أوصت إليّ وقالت: ثلثي تقضي منه ديني، وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء، فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك، وخبّرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى، فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عُشر الثلث، إنّ الله (عزّ وجلّ) أمر إبراهيم عليه السلام فقال: (ثمّ اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءً)[٦] وكانت الجبال يومئذٍ عشرة، فالجزء هو العُشر من الشيء»[٧].

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: فيه.

(٢) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بجزء ح ٣ ج ٧ ص ٤٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٣ ج ٩ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٨٠.

(٣) الاستبصار: الوصايا / باب ٧٩ من أوصى بجزء ح ١ ج ٤ ص ١٣١.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوصايا / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١٢.

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٦٠.

(٧) وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش بعد اللاحق: ص ٣٨١).

ورواه في التهذيب[١] عن عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة[٢]، وحينئذٍ لا تكون الرواية صحيحة كما أطنب به في المسالك[٣]؛ لأنّ ابن سيابة مجهول.

↑ ج ٢٨ / ٣١٧

وفيه: منع اتّحاد الرواية؛ إذ يمكن رواية ابن سنان تارةً بواسطة وأُخرى بدونها، على أنّ ابن سيابة يمكن استفادة عدالته من توكيل[٤] الصادق عليه السلام إيّاه على قسمة الألف دينار على عيال من قتل مع عمّه زيد[٥]... وغير ذلك.

وخبر معاوية بن عمّار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: جزء من عشرة، قال الله (عزّ وجلّ): (ثمّ اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً)[٦]...»[٧] إلى آخره.

وخبر عبد الصمد بن بشير المروي عن تفسير العيّاشي عن جعفر بن محمّد عليهما السلام في حديث: «أنّه سئل عن رجل أوصى بجزء من ماله؟

---

(١) وكذا الكافي، انظره: الوصايا / باب من أوصى بجزء ح ١ ج ٧ ص ٣٩.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١ ج ٩ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٨٠.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٧٧ ـ ١٧٨.

(٤) في بعض النسخ بدل «من توكيل»: بتوكيل.

(٥) اختيار معرفة الرجال: ح ٦٢٢ ص ٣٣٨ (المتن والهامش).

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٦٠.

(٧) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بجزء ح ٢ ج ٧ ص ٤٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٢ ج ٩ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٨١.

فقال: هذا في كتاب الله، إنّ الله يقول: (اجعل)...»[١] إلى آخره.

ومرسل أبي جعفر بن سليمان المروي فيه أيضاً في حديث: «إنّ رجلاً مات وأوصى إليه بمائة ألف درهم، وأمره أن يعطي أبا حنيفة منها جزءً، فسأل عنها جعفر بن محمّد عليهما السلام وأبو حنيفة حاضر، فقال له جعفر بن محمّد عليهما السلام: ما تقول فيها يا أبا حنيفة؟ فقال: الربع، فقال لابن أبي ليلى فقال: الربع، فقال جعفر بن محمّد عليهما السلام: من أين قلتم الربع؟ فقالوا: لقول الله (عزّ وجلّ): (فخذ أربعة من الطير...)[٢] إلى آخره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: من هذا قد علمت الطير أربعة، فكم كانت الجبال؟! إنّما الأجزاء للجبال ليس للطير، قالوا: ظننّا أنّها أربعة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا، ولكنّ الجبال عشرة»[٣].

إلى غير ذلك من النصوص المرويّة في الكتب الأربعة وغيرها، المشتملة على ما هو كالمعجز من الاستدلال الذي مرجعه: أنّه لمّا أوصى بالجزء وقد علم عدم إرادة الموصي العمل بمطلق مسمّاه الذي يرجع إلى السفه في الوصيّة به، كما أنّه لا حدّ معلوم في العرف لأقلّ ما يصدق به في امتثال الوصيّة، فكشفه عليه السلام كما كشف أقلّ مسمّى الركوع وأقلّ المسافة... وغير ذلك.

---

(١) تفسير العيّاشي: سورة البقرة ح ٤٧٣ ج ١ ص ١٤٣، وانظر «الوسائل» في الهامش السابق: ح ٧ ص ٣٨٢.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٦٠.

(٣) انظر «تفسير العيّاشي» في الهامش قبل السابق: ح ٤٧٦ ص ١٤٤، و«الوسائل»: ح ٨ ص ٣٨٣.

أو أنّه حدّده بذلك حكماً منه عليه السلام كما هو الأقوى؛ ضرورة صدق الجزء على الأقلّ من ذلك عرفاً، بخلاف الركوع ونحوه، فليس حينئذٍ إلّا التحديد منه ولو لقطع النزاع.

ولعلّ اختياره لذلك دون غيره باعتبار إطلاق لفظ الجزء على العُشر في كتاب الله، وليس فيه ولا في السنّة استعمال مطلقه في أقلّ من ذلك، فلا ينافيه حينئذٍ استعماله في الأكثر؛ ضرورة كون المراد التحديد بأقلّ مصداق استعمل فيه مطلقه، فيجزي حينئذٍ كما يجزي الأكثر منه، وحينئذٍ فاستعماله في السُّبع في قوله تعالى: «لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم»[1] لا يقتضي التحديد به؛ لكون العُشر أقلّ منه.

↑ ج ٢٨ / ٣١٨

ومن ذلك ترجح هذه النصوص على النصوص التي تضمّنت التحديد به؛ كـ:

صحيح البزنطي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام[2]: عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: واحد من سبعة، إنّ الله يقول: (لها سبعة أبواب)...»[3] إلى آخره.

وخبر إسماعيل بن همام الكندي عن الرضا عليه السلام: «في الرجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: الجزء من سبعة، إنّ الله يقول: (لها...)»[4]

---

(١) سورة الحجر: الآية ٤٤.

(٢) في المصدر: أبا الحسن عليه السلام.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٥ ج ٩ ص ٢٠٩، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٩ من أوصى بجزء ح ٥ ج ٤ ص ١٣٢، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من كتاب الوصايا ح ١١ ج ١٩ ص ٣٨٤.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦، و«الاستبصار»: ح ٦، و«الوسائل»: ح ١٢.

إلى آخره.

والمرسل في المحكي عن إرشاد المفيد عن أمير المؤمنين عليه السلام: «في رجل أوصى بجزء من ماله ولم يعيّنه، فاختلف الوارث بعده في ذلك؟ فقضى عليهم بإخراج السُّبع من ماله، وتلا قوله: (لها...)»[1] إلى آخره.

مضافاً إلى قصورها عنها عدداً، بل ودلالةً. فمن هنا حملها الشيخ على استحباب إعطاء السُّبع للوارث.

ولا بأس به بعد رجحان الأُولى عليها بما عرفت، وباتّفاقها جميعها على عُشر المال، بخلاف روايات السُّبع، فإنّ ما سمعته منها يدلّ على سُبع الأصل، وخبر الحسين بن خالد يدلّ على سُبع الثلث، قال: «سألته[2] عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: سُبع ثلثه»[3]. ويمكن حمله على معلوميّة إرادة السائل ثلثه من ماله، لا جميع المال.

وعلى كلّ حال فالقول بالعُشر هو الأقوى، وقد عرفت أنّه تحديد شرعي لما لم يقصد الموصي خلافه، أمّا لو علم قصده اتّبع حتّى لو علم منه إرادة المطلق الشامل للعُشر وغيره، الذي هو بمنزلة التصريح بذلك، ↑ ج ٢٨ / ٣١٩

---

(١) الإرشاد: من قضاياه ـ عليّ عليه السلام ـ بعد البيعة العامّة ص ١١٨، وانظر «الوسائل» في الهامش قبل السابق: ح ٦ ص ٣٨٢.

(٢) أي: أبو الحسن عليه السلام.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالشيء ح ٥٤٧٧ ج ٤ ص ٢٠٥، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٨ ج ٩ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من كتاب الوصايا ح ١٣ ج ١٩ ص ٣٨٤.

بل التحديد لمن أوصى بالجزء وعلم منه عدم إرادة مطلق مسمّاه وعدم ما ينافي التحديد بالعُشر.

والظاهر اختصاص هذا التحديد بالوصيّة، ولا يسري منها إلى غيرها، وإن كان قد يتوهّم من النصوص السابقة المشتملة على الاستدلال التقريبي لا التحقيقي.

بل لو أوصى بجزء الجزء احتمل: عدم التعدية والرجوع إلى مطلق المسمّى، ومع فرض العلم بعدم إرادته يقتصر على ما علم عدم إرادته ويمتثل بغيره، أو ينحصر الامتثال بمظنون الإرادة. ويحتمل: التعدّي؛ فيحمل حينئذٍ على عُشر العُشر عندنا، أو على سُبع السُّبع على القول الآخر.

وكيف كان، فمن الغريب ما عن الصدوق: من الجمع بين النصوص بأنّه قد جرت العادة في السابق لأصحاب الأموال بتجزئة المال تارةً عشرة وأُخرى سبعة، فينصرف الجزء حينئذٍ على حسب ما وقع من التجزئة[1].

وقال أيضاً: «إنّ حمل الجزء على العُشر والسُّبع إنّما يصحّ إذا كانت الوصيّة من العارف باللغة، دون غيره من جمهور الناس، فإنّه لا تصحّ الوصيّة منه بذلك حتّى يبيّنه»[2].

وهو ـ كما ترى ـ فيه نظر من وجوه، تظهر بأدنى تأمّل ممّا قدّمناه.

(١ و٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالشيء ذيل ح ٥٤٧٧ ج ٤ ص ٢٠٥ (بتصرّف).

وما ذكره من العادة لم نعرف أحداً غيره حكاه، كما أنّ من الواضح كون محلّ البحث حال عدم القرينة لا معها، ولا وجه للبطلان مع عدمها وقطع النظر عن النصوص، بل يرجع إلى مسمّاه، أو إلى أقلّ ما يصدق عليه ممّا يتموّل بعد العلم بانتفاء إرادة مطلق المسمّى كغيره من الألفاظ، والله العالم.

﴿ولو كان﴾ أوصى ﴿بسهم كان ثُمناً﴾ عند الأكثر[1]، بل المشهور[2]، بل عن ظاهر إيضاح النافع: الإجماع عليه[3]، كما عن السرائر: أنّه المعمول عليه[4]؛ لـ:

صحيح البزنطي سأل أبا الحسن عليه السلام: «... عن رجل أوصى بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية، ثمّ قرأ: (إنّما الصدقات...)[5]»[6].

وكذا حسن صفوان عن الرضا عليه السلام[7]، وموثّق السكوني عن

(١) كما في جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٣.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٧٩، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٤، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٦١.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ٢٣ ص ٥٣٢.

(٤) السرائر: الوصايا / المقدّمة، وباب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٨٧ و٢٠٨.

(٥) سورة التوبة: الآية ٦٠.

(٦) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٥ ج ٩ ص ٢٠٩، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٩ من أوصى بجزء ح ٥ ج ٤ ص ١٣٢، وسائل الشيعة: باب ٥٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٨٥.

(٧) معاني الأخبار: باب معنى السهم من المال ح ٢ ص ٢١٦، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ مع ذيله).

أبي عبد الله عليه السلام [١].

وعن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أوصى عند موته بسهم ولم يبيّنه، فاختلف الورثة في معناه، فقضى عليهم بذلك وتلا الآية [٢].

↑ ج ٢٨ / ٣٢٠

وحينئذٍ فما في خبر طلحة بن يزيد [٣] عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة» [٤] من الشواذّ التي لا تعارض ما سمعت. وربّما حمل [٥] على وهم الراوي أو ظنّه أنّ الجزء والسهم واحد فرواه فيه.

وكذا ما أرسله الصدوق: من أنّ السهم واحد من ستّة، ثمّ قال: «متى أوصى بسهم من سهام المواريث كان واحداً من ستّة، ومتى أوصى بسهم من سهام الزكاة كان واحداً من ثمانية، وتمضي الوصيّة على ما يظهر من مراد الموصي» [٦].

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بسهم ح ١ ج ٧ ص ٤١، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٩ ص ٢١٠، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٣٨٦.

(٢) الإرشاد: من قضاياه ـ عليّ عليه السلام ـ بعد البيعة العامة ص ١١٨، وسائل الشيعة: باب ٥٥ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٣٨٨.

(٣) في المصدر: طلحة بن زيد.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١١ ج ٩ ص ٢١١، الاستبصار: الوصايا / باب ٨٠ من أوصى بسهم ح ٣ ج ٤ ص ١٣٤، وسائل الشيعة: باب ٥٥ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٨٧.

(٥) انظر ذيل مصدري «التهذيب» و«الاستبصار» في الهامش السابق.

(٦) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالشيء ح ٥٤٧٥ (مع ذيله) ج ٤ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥، وسائل الشيعة: باب ٥٥ من كتاب الوصايا ح ٥ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٣٨٧.

وفيه: أنّ محلّ البحث إذا لم يظهر، وحمله على السدس حينئذٍ كما عن الصدوقين[١] والشيخ[٢] وابن زهرة[٣] ـ للمرسل المزبور، وما عن ابن مسعود من «أنّ رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبيّ صلى الله عليه وآله السدس»[٤]، وما قيل: إنّ السهم في لغة العرب السُّدس[٥] ﴿و﴾ إجماعي الخلاف[٦] والغنية[٧] ـ كما ترى، خصوصاً دعوى الإجماع التي هي مظنّة العكس، كما هو واضح.

نعم ﴿لو كان﴾ قد أوصى ﴿بشيء كان سدساً﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه[٨]، بل الظاهر أنّه اتّفاق كما في المسالك[٩]، بل عن ظاهر التذكرة[١٠] وإيضاح النافع[١١]: الإجماع عليه، بل عن الخلاف[١٢]

---

(١) نقله عن الأب في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٠، وقاله الابن في المقنع: باب الوصايا ص ٤٧٨.

(٢) الخلاف: الوصايا / مسألة ٩ ج ٤ ص ١٤٠، المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٨.

(٣) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٨.

(٤) مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٢١٣، نصب الراية: ج ٦ ص ٥٠٧، المجموع: ج ١٥ ص ٤٧٦، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٤٦، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٥٤١.

(٥) المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٦ ج ٧ ص ٢٩٢، كشّاف القناع: ج ٤ ص ٤٦٨، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٤٦، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٤٤١.

(٦ و٧) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٨) نفى الخلاف في السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٧، والمهذّب البارع: الوصايا / في المبهمة ج ٣ ص ١٣٠، والروضة البهيّة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٣٤.

(٩) مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٠.

(١٠) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٩٦ (الطبعة الحجرية).

(١١) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢٣ ص ٥٢٩.

(١٢) الخلاف: الوصايا / مسألة ٩ ج ٤ ص ١٤٠.

والغنية[١] دعواه صريحاً.

لخبر أبان عن عليّ بن الحسين عليهما السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال: الشيء في كتاب عليّ عليه السلام من ستّة»[٢].

وما عن المقنع: من أنّه واحد من عشرة[٣] نادر، هذا.

ولا يخفى عليك: أنّ محلّ البحث في السهم والشيء كما عرفته في الجزء.

ولو أوصى بسهم من الجزء أو شيء منه أو السهم، ففي جريان الحكم وجهان.

﴿ولو أوصى بوجوه، فنسي الوصيّ وجهاً﴾ منها ﴿جعله في وجوه البرّ﴾ وفاقاً للأكثر[٤]، بل المشهور نقلاً[٥] وتحصيلاً[٦]، بل في

---

(١) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٨.

(٢) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بشيء ح ١ ج ٧ ص ٤٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١٢ ج ٩ ص ٢١١، وسائل الشيعة: باب ٥٦ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٨٨.

(٣) الموجود في النسخة المحقَّقة والمعتمدة لدينا من المقنع مطابق للرأي المعروف أعني أنّ «الشيء» واحد من ستّة، انظر المقنع: باب الوصايا ص ٤٧٧.

(٤) كما في كفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥.

(٥) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣٤ ج ٣ ص ٢٣٠، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى به ج ٢٢ ص ٤٦٦.

(٦) ذهب إلى ذلك في المقنع: باب الوصايا ص ٤٨٦، والمقنعة: الوصيّة / باب الوصيّة المبهمة ص ٦٧٤، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في المبهمة ج ١ ص ٤٦١، والمقتصر: كتاب الوصايا ص ٢١٩.

محكيّ التنقيح: أنّ عليه الفتوى[١]، بل عن غيره: نفي الخلاف فيه إلّا من الحلّي تبعاً للشيخ في بعض فتاواه[٢].

ج ٢٨ / ٣٢١

لخبر محمّد بن الريّان قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله: عن إنسان أوصى بوصيّة، فلم يحفظ الوصيّ إلّا باباً واحداً منها، كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»[٣].

المعتضد بما عرفت، المؤيّد:

بما ورد في المنذور للكعبة والوصيّة لها أنّه يصرف إلى زوّارها[٤]، وفيمن أوصى أن يحجّ عنه بمال لا يفي به أنّه يصرف في البرّ ويتصدّق به[٥]، وكذا في الوقف إذا جهل الموقوف عليه.

وبأنّه شبه المال المجهول المالك بسبب اشتباه مصرفه ومستحقّه، فلا طريق إلّا صرفه في وجوه القرب، بناءً على عدم اختصاص مصرفه بالصدقة به. أو يقال: إنّ ذلك كلّه من الصدقة به؛ لرجوع الجهات العامّة إلى المسلمين أيضاً. ومنه ينقدح: جواز صرف مجهول المالك في ذلك، وربّما يؤيّده: شمول الرواية المزبورة له في الجملة؛ إذ من أفراده الوصيّة به لشخص مخصوص قد قبله ثمّ نسيه، وقد سمعت الأمر فيها

---

(١) التنقيح الرائع: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٤١٠.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٦٧.

(٣) تقدّم بعنوان «الخبر» في ص ١٠٣.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٢ من أبواب مقدّمات الطواف ج ١٣ ص ٢٤٧.

(٥) تقدّم ذلك في ص ١٠٣.

بالصرف في وجوه البرّ من غير فرق بين الأفراد جميعها.

وبأنّ هذا المال ـ بتعذّر وجهه الذي قد أُوصي به، وإخراجه عن الوارث بالوصيّة ـ صار في حكم مال الميّت، ولا إيصال إليه إلّا في صرفه في وجوه البرّ.

وبأنّه إذا فرض الوصيّة به في جهات القربة إلّا أنّه نسي خصوصها، يناسب الانتقال إلى نوع القربة... وبغير ذلك.

﴿و﴾ حينئذٍ فما ﴿قيل﴾ والقائل ابن إدريس[1] والشيخ في المحكي من حائريّاته[2] والآبي في المحكي من كشفه[3] من أنّه ﴿يرجع ميراثاً﴾ لبطلان الوصيّة لتعذّر القيام بها، واضح الضعف؛ ضرورة منافاته لاستصحاب الصحّة، فضلاً عن الخبر المزبور المعتضد بما عرفت، السالم عن معارضة ما يعتدّ به؛ إذ ليس كلّ تعذّر ولو كان كالفرض مبطلاً للوصيّة ومعيداً للمال إلى الإرث الذي قد فرض الخروج منه بالوصيّة، فعوده يحتاج إلى دليل.

نعم، الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان النسيان مطلقاً، أي لا على وجه الانحصار في فردين مثلاً أو ثلاثة، وإلّا اتّجهت القرعة، أو التوزيع، أو الصلح، لو كان بين شخصين مثلاً.

↑ ج ٢٨ / ٣٢٢

كما أنّ المتّجه التروّي والتربّص في الصرف في وجوه البرّ حتّى

---

(١) السرائر: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(٢) المسائل الحائريّات (الرسائل العشر): ص ٢٩٧.

(٣) كشف الرموز: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٨٦.

ييأس من معرفة الوجه الذي قد أُوصي به، بمراجعة دفتر أو شاهد ونحو ذلك، فإذا أيس من ذلك صرفه في وجوه البرّ، ولا عبرة باحتمال التذكّر فيما يأتي من الزمان؛ لصدق النسيان الذي قد علّق عليه الحكم في النصّ والفتوى.

ثمّ إنّ الظاهر من المتن وغيره[1]: إرادة المثال من نسيان الوجه، وإلّا فلا فرق بين نسيان الوجه والوجوه لاتّحاد المدرك، بل ظاهر الخبر ذلك، بل لا يبعد كون الحكم كذلك في غير صورة النسيان، كما إذا لم يعثر على ما رسمه الموصي في وصيّته وإن علم أنّه قد رسم وجوهاً مثلاً، أو نحو ذلك.

واحتمال: إيقاف المال في ذلك ونحوه ـ اقتصاراً فيما خالف وجوب حفظ مال الغير على المتيقّن ـ ضعيف جدّاً، كما هو واضح، والله العالم.

﴿ولو أوصى بسيف معيّن وهو في جفن﴾ بفتح الجيم **﴿دخل الجفن والحلية في الوصيّة﴾** وفاقاً للمشهور[2].

---

(١) كالنهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥٤ ـ ١٥٥، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(٢) نقلت الشهرة في المختصر النافع: الوصايا / الفصل الثاني ص ١٦٦.

وذهب إلى ذلك في النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥٥، والسرائر: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ٢٠٩، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٦، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣٠ ج ٣ ص ٢٢٧.

بل في ظاهر المحكي عن التحرير[١] والمقتصر[٢] وإيضاح النافع[٣]: الإجماع عليه.

بل عن كشف الرموز: «ما رأيت أحداً أقدم على منع الرواية الواردة في السيف»[٤].

وعن المهذّب البارع: «كلّ الأصحاب مطبقون على العمل بها»[٥].

أي: رواية أبي جميلة المفضّل بن صالح[٦]: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله: عن رجل أوصى لرجل بسيف، فقال الورثة: إنّما لك الحديد وليس لك الحلية؟ فكتب إليّ: السيف له وحليته»[٧].

وخبره الآخر: «سألت الرضا عليه السلام: عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال الورثة: إنّما لك النصل وليس لك المال؟ فقال: لا، بل السيف بما فيه له، قال: فقلت: رجل أوصى بصندوق وكان فيه مال، فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك المال؟ فقال: الصندوق بما فيه له»[٨].

---

(١) تحرير الأحكام: الوصايا / في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.

(٢) المقتصر: كتاب الوصايا ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ٢٣ ص ٥٥٠.

(٤) كشف الرموز: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٨٧.

(٥) المهذّب البارع: الوصايا / في المبهمة ج ٣ ص ١٣٤.

(٦) في التهذيب: عن أبي جميلة عن المفضّل بن صالح.

(٧) الكافي: الوصايا / باب (بعد باب: الرجل يترك الشيء) ح ٣ ج ٧ ص ٤٤، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١٦ ج ٩ ص ٢١٢، وسائل الشيعة: باب ٥٧ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٩٠.

(٨) الكافي: الوصايا / باب (بعد باب: الرجل يترك الشيء) ح ١ ج ٧ ص ٤٤، ←

فهما ـ مضافاً إلى ما عرفت، وإلى العرف الشاهد على ذلك ـ الحجّة في المقام، ولا يقدح فيه عدم دخول شيء منهما في مسمّاه لغةً؛ ضرورة كفاية العرف وتقدّمه على اللغة.

على أنّه قد يقال: إنّ ذلك من توابع الوصيّة بالسيف لا للدخول في المسمّى كثياب العبد ورحل الدابّة ومفتاح الدار... ونحو ذلك من التوابع التي يشهد العرف بتبعيّتها في الإيصاء تبعاً لتبعيّتها في الاستعمال. نعم، لو لم يكن له جفن ولا حلية لم تكن الوصيّة به وصيّة بهما، فلا يخرجان من التركة.

ج ٢٨ / ٣٢٣

فما عن المختلف[1] وولده[2] وأبي العبّاس[3]: من عدم دخول شيء منهما في الوصيّة، واضح الضعف.

بل لا يبعد الوصيّة بالجفن لو كان قد أوصى به مطلقاً، وإن كان ظاهر العبارة وغيرها[4] ممّا قيّد فيها بالمعيّن خلافه.

إلّا أنّه يمكن تنزيله على عدم الوصيّة بالحلية التي لم يقيّد

← تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١٤ ج ٩ ص ٢١١، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٥٧ من كتاب الوصايا ح ١، وذيله في باب ٥٨ منها ح ٢ ج ١٩ ص ٣٨٩ و٣٩١.

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٢.

(٢) إيضاح الفوائد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٣) المقتصر: كتاب الوصايا ص ٢٢٠.

(٤) كقواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٧١، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥.

بتبعيّتها[١] بالنسبة إليه ؛ فإنّه لا عرف ولا غيره يشهد على الوصيّة بها بالوصيّة به مع فرض كونه مطلقاً ، بخلاف الغمد ، فإنّ العرف قد يشهد بالوصيّة به أيضاً ، وإن كان هو ليس كالظهور في المعيّن ، خصوصاً إذا كان قد اشترى سيفاً لا غمد له .

وعلى كلّ حال ، فالظاهر عدم اعتبار وصف خاصّ في الجفن ، بل يكفي فيه كونه جفناً لذلك السيف كائناً ما كان ؛ فإنّ الظاهر تبعيّة نحو ذلك له كثياب العبد ورسن[٢] الدابّة ، فإنّ التابع منهما ما كان تابعاً لهما في الاستعمال ، كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ومنه يعلم : عدم الفرق بين السيف والخنجر والسكّين ذات القِراب وغير ذلك ممّا لها توابع في الاستعمال ؛ فإنّ العرف يقضي بتبعيّتها في الوصيّة ونحوها .

﴿وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب، أو سفينة وفيها متاع، أو جراب وفيه قماش، فإنّ الوعاء وما فيه داخل في الوصيّة﴾ وفاقاً للمشهور[٣]، بل عن التذكرة : نسبته إلى علمائنا[٤]، كما عن المقتصر : «أنّ عمل الأصحاب على رواية أبي جميلة»[٥]، ونحوه عن

---

(١) في بعض النسخ: «بنفسها»، وفي آخر: «بتعيّنها».

(٢) الرَّسَن: الحبل الذي يقاد به البعير وغيره. النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٢٢٤ (رسن).

(٣) نقلت الشهرة في مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٢، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥.

ويأتي العديد من المصادر خلال البحث.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٩٧ (الطبعة الحجرية).

(٥) المقتصر: كتاب الوصايا ص ٢٢٠.

التنقيح [١]، وقد عرفت اشتمالها على الصندوق.

كخبر عقبة: «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام: عن رجل أوصى لرجل بصندوق، وكان في الصندوق مال، فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟ فقال: الصندوق بما فيه له» [٢].

ج ٢٨ / ٣٢٤

وخبره الآخر عنه [عليه‌السلام] أيضاً قال: «سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسمّ ما فيها وفيها طعام، أيعطيها الرجل وما فيها؟ قال: هي للّذي أوصى له بها، إلّا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثة شيء» [٣].

لكن ربّما نوقش [٤] في الأخير: بأنّ غايته الدلالة على أنّها للموصى له، ومرجع الضمير السفينة دون ما فيها، والرواية المنجبرة إنّما تكون حجّة حيث تكون دلالتها واضحة، لا مطلقاً.

نعم لها دلالة ضعيفة بحسب الفحوى؛ لوقوع قوله عليه‌السلام: «هي له» جواباً عن جواز إعطاء ما فيها أم لا، فلو لم يجعل المرجع السفينة بما فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقاً.

مع احتمال أن يكون المراد بالجواب ـ الظاهر في رجوع الضمير

---

(١) التنقيح الرائع: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.

(٢) الكافي: الوصايا / باب (بعد باب: الرجل يترك الشيء) ح ٤ ج ٧ ص ٤٤، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ١٧ ج ٩ ص ٢١٢، وسائل الشيعة: باب ٥٨ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٠.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ١٥، ووسائل الشيعة: باب ٥٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩١.

(٤) كما في رياض المسائل: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٧٠.

إلى السفينة خاصّة ـ التنبيه على انحصار الموصى به فيها دون ما فيها، وبه تحصل المطابقة، فالأصحّ عدم الدخول للأصل، إلّا مع وجود قرينة من عرف أو عادة، وتحتمل الرواية على تقدير الدلالة الحمل على ذلك.

وقد يدفع أوّلاً: بأنّ المحكي عن نسخ الفقيه روايته: «إلّا أن يكون صاحبها استثنى ممّا فيها»[1]، وحينئذٍ تكون صريحة في ذلك.

وثانياً: بأنّ الشهرة كما تجبر السند تجبر الدلالة، على أنّه لا ينكر ظهورها كما اعترف به الخصم، ومثله لا ريب في حجّيّته بعد فرض اعتبار السند؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالصحيح حجّة في مطلق ما يظهر منه منطوقاً أو مفهوماً.

نعم، قد يناقش: بعدم صراحة سؤال الخبر في الوصيّة، بل يحتمل الإقرار، بل هو الظاهر بقرينة التفصيل بين المتّهم وغيره، ولا ينافيه إطلاق الوصيّة في جواب الإمام عليه السلام؛ لمعروفيّة إطلاقها على الإقرار الواقع في مرض الموت.

وكأنّه أومأ إليه في الدروس، فإنّه ـ بعد أن حكى عن القاضي[2] أنّه قال: «لو أوصى له بسلّة زعفران دخل، ويدخل الشرب بالوصيّة بالضيعة وما شابهه إذا كان عدلاً، فإن كان متّهماً لم تنفذ الوصيّة في أكثر

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجل يوصي لرجل بسيف ح ٥٥١٠ ج ٤ ص ٢١٧، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش قبل السابق).

(٢) يأتي المصدر لاحقاً.

من ثلثه» وعن الشيخ في النهاية[١]: أنّه قيّد بهذا القيد ـ قال: «وكأنّهما يريانه إقراراً»[٢].

قلت: لكنّ المعروف نقل ذلك عن الشيخ قولاً في المسألة[٣]، بل لعلّه إليه أشار المصنّف بقوله: ﴿وفيه قول آخر بعيد﴾ بل هو واضح الفساد؛ ضرورة عدم مدخليّة التهمة وعدمها فيما نحن فيه من الوصيّة.

ج ٢٨ / ٣٢٥

ولكنّ الأمر في ذلك سهل بعد كون الظاهر أنّ بناء هذا الخبر ـ على تقدير دلالته ـ وغيره من أخبار المقام على كشف العرف، وأنّ الحكم بذلك لأنّه في العرف كذلك، لا أنّه يحكم به وإن لم يفهم منه في العرف، كما توهّمه في الرياض حيث حكم في الصندوق بما عرفت للرواية المجبورة بما سمعت، ثمّ قال: «إلّا أنّ العرف لا يساعده، فيشكل من هذه الجهة، ولكن لا مندوحة عن العمل بها، إلّا أن توجد قرينة على عدم الدخول فتتّبع»[٤].

ومقتضاه الحكم بدخول ما فيه وإن لم يفهم من العرف ذلك. وهو شيء عجيب؛ باعتبار اقتضائه إخراج المال عن صاحبه من دون قصد وبلا سبب ناقل منه، ومثله كيف يندرج في الوصيّة ويلحقه أحكامها؟!

فلا مناص حينئذٍ عن تنزيل هذه الأخبار على ما يقتضيه

---

(١) يأتي المصدر لاحقاً.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١٣.

(٣) التنقيح الرائع: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٤١٣، مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٣، رياض المسائل: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٧١.

(٤) رياض المسائل: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٦٩.

العرف ؛ وهو في السيف واضح ، بل والصندوق إذا كان معدّاً للظرفيّة والمقصود منه ما فيه ، نحو ما يستعمله التجّار في صناديق النيل[١] والقماش والكافور... ونحوها ، فإنّه لا يشكّ أحد في وصيّة أحدهم بصندوق خاصّ منها في إرادة ما فيها ، بل والسفينة والمركب إذا كانت أيضاً كذلك .

بخلاف الصندوق الذي يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالباً وللوضع فيه اتّفاقاً ، والسفينة التي هي كذلك بحيث يكون المقصود منها الظرف لا المظروف ، ومع الشكّ فلا ريب في وجوب الاقتصار على ما علمت الوصيّة به ولو من ظهور لفظ .

ولعلّه بذلك تتّفق كلمة القائل بالدخول في جميع ما عرفت ـ وهو المشهور ـ والقائل بالعدم مطلقاً كالفاضل[٢] وولده[٣] والمقتصر[٤] والروضة[٥][٦] والمفاتيح[٧]، وفي السفينة خاصّة كالدروس[٨]

---

(١) النِّيل: جنس نباتات تزرع لاستخراج مادّة زرقاء للصّباغ من ورقها، والصّباغ نفسه. المعجم الوسيط: ج ٢ ص ١٠٠٥ ـ ١٠٠٦ (نيل).

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٢.

(٣) إيضاح الفوائد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٥٣٥.

(٤) المقتصر: كتاب الوصايا ص ٢٢٠.

(٥) في بعض النسخ بدلها: «والروض» وهي مطابقة لنقل مفتاح الكرامة.

(٦) الروضة البهيّة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٤٨.

(٧) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣٠ ج ٣ ص ٢٢٧.

(٨) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١٣.

وجامع المقاصد[١] والكفاية[٢] وظاهر النافع[٣] وتنقيحه[٤] وإيضاحه[٥]، بل لعلّه إليه يومئ اعتبار المفيد[٦] وأبي الصلاح[٧] فيما حكي عنهما القفل للصندوق ـ والشدّ للجراب والختم للوعاء والكيس ـ في الدخول، بدعوى: أنّ ذلك ونحوه قرينة عرفيّة على إرادة ما فيه معه من الوصيّة به.

وإن أبيت فتحقيق الحال ما عرفت من غير فرق بين كون الموصي عدلاً مأموناً وبين كونه متّهماً على الورثة في ذلك، وما عن الشيخ[٨] والقاضي[٩]: من اعتبار ذلك في الدخول من الأصل والثلث، قد عرفت تنزيله على الإقرار، وإلّا كان واضح الفساد؛ ضرورة عدم مدخليّة ذلك في الوصيّة التي لا إشكال في خروجها من الثلث على كلّ حال كما عرفت.

↑ ج ٢٨ / ٣٢٦

---

(١) اختار عدم الدخول مطلقاً إلّا مع القرينة، انظر جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٢) ظاهر صدر عبارته اختيار الدخول في الجميع، وفي ذيلها استشكل ثمّ أرجع إلى القرائن، انظر كفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥ ـ ٥٦.

(٣) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الخامس ص ١٦٦.

(٤) التنقيح الرائع: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.

(٥) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢٣ ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥.

(٦) المقنعة: الوصيّة / باب الوصيّة المبهمة ص ٦٧٤ ـ ٦٧٥.

(٧) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٥.

(٨) انظر الهامش بعد اللاحق.

(٩) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٣.

بل ما حضرني من نسخة النهاية كالصريح في إرادة الإقرار ، قال : «وإذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية ، كان السيف له بما عليه وفيه ، وإذا أوصى بصندوق لغيره وكان فيه مال كان الصندوق بما فيه للّذي أوصى به له ، وكذا إن أوصى له بسفينة وكان فيها متاع كانت السفينة بما فيها للموصى له ، وكذلك إن أوصى له بجراب وكان فيه متاع كان الجراب بما فيه للموصى له ، إلّا أن يستثني ما فيه . هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً ، فإن لم يكن عدلاً وكان متّهماً لم تنفذ الوصيّة بأكثر من الثلث في الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها»[1]، والله العالم .

﴿ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصحّ﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً[2]، بل هي كذلك في ظاهر محكيّ المقتصر[3].

لأنّها مخالفة للكتاب[4] والسنّة[5].

---

(١) النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

(٢) نقلت الشهرة في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٥، وإيضاح الفوائد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٥٣٥.

وذهب إلى ذلك في النهاية: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٥١ ـ ١٥٢، والمهذّب: الوصايا / ما يصحّ منها ج ٢ ص ١٠٧، والسرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٠، وتحرير الأحكام: الوصايا / الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.

(٣) المقتصر: كتاب الوصايا ص ٢٢٠.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و٢ من أبواب موجبات الإرث ج ٢٦ ص ٦٣...

ولأنّه من الحيف في الوصيّة الذي ورد فيه: أنّه من الكبائر[١].

ولقوله عليه السلام: «ما أُبالي أضررت بورثتي أو سرقتهم ذلك المال»[٢].

وقوله عليه السلام: «من عدل في وصيّته كان بمنزلة من تصدّق بها في حياته، ومن جار في وصيّته لقي الله تعالى يوم القيامة وهو عنه معرض»[٣].

والصحيح: «عن رجل كان له ولد يدّعيه، ثمّ أخرجه عن الميراث وأنا وصيّه، فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: لزم الولد لإقراره بالمشهد، ولا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه»[٤].

﴿و﴾ إنّما الكلام في أنّه ﴿هل يلغو اللفظ﴾ على وجهٍ يكون كعدمه؟ ﴿فيه تردّد﴾ بل وخلاف: فـ﴿بين﴾ قائل بـ﴿البطلان﴾ كذلك وهو الأكثر كما في الرياض[٥] ﴿وبين﴾ قائل بـ﴿إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد، فيمضي[٦] في الثلث﴾ خاصّة

---

(١) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ١١١ ج ١ ص ٢٣٨، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الوصايا ح ٣ و٥ ج ١٩ ص ٢٦٨.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٦ الوصيّة ووجوبها ح ١٠ ج ٩ ص ١٧٤، وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٦٤.

(٣) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ٦ ج ٧ ص ٥٨، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٢٦٧.

(٤) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ٢٦ ج ٧ ص ٦٤، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب إخراج الرجل ابنه ح ٥٥١٦ ج ٤ ص ٢٢٠، وسائل الشيعة: باب ٩٠ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢٤.

(٥) رياض المسائل: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٧٢.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: فتمضي.

إن لم يجز الولد ﴿ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة﴾ وهو خيرة الفاضل في المختلف[1]، وعن الخراساني: أنّه استظهره[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٢٧

﴿والوجه﴾ عند المصنّف وثاني المحقّقين[3] والشهيدين[4] وفخر المحقّقين[5] وغيرهم[6] ﴿الأوّل﴾ لأنّ إخراجه من الإرث أعمّ من الوصيّة بالمال لباقي الورثة، وإن لزم رجوع الحصّة إليهم، إلّا أنّ ذلك ليس بالوصيّة، بل لاستحقاقهم التركة حيث لا توارث، وربّما لم يكن حال الوصيّة عالماً بالوارث، كما لو لم يكن له إلّا ذلك الولد ولا يعلم من يرثه ولم يخطر على باله، فلا دلالة في اللفظ مطابقةً ولا تضمّناً، بل ولا التزاماً؛ لانتفاء شرطها بانتفاء الانتقال إلى اللازم بتصوّر الملزوم خاصّة أو مع الوسط.

لكن قد يقال: إنّ الوصيّة بالإخراج وإن لم تكن وصيّة بالباقي للباقي لكنّها نفسها وصيّة؛ ضرورة عدم الفرق فيها بين الأمر والنهي والإعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث، فهو كما لو صرّح بإخراجه من الثلث، فإنّه لا إشكال في اختصاص غيره من

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٦.

(٢) كفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٦.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ٢٢١.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٥.

(٥) إيضاح الفوائد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٥٣٦.

(٦) كالشهيد في الدروس: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠٠، والمقداد في التنقيح: الوصايا / في المبهمة ج ٢ ص ٤١٥، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في المبهمة ج ١٠ ص ٣٧٢.

الورثة به، لا للوصيّة به لهم، بل لإخراج الولد مثلاً منه، فيبقى إرثاً لغيره، ولا يعتبر في الوصيّة قصد الوصيّة، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بما أراده، والشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث، بل أبقاها، فهو مسلّط عليه دفعاً ومنعاً، فإذا أخرج بعض الورثة عن المال كلّه نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلّط عليه، ولم ينفذ في غيره، كما لو أعطى المال كلّه لبعضهم فإنّه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره، كما هو واضح.

ومن هنا يقوى ما سمعته من الفاضل، وإن لم يكن لما ذكره من الحكم بالوصيّة بالباقي للباقي كي يرد عليه ما عرفت، بل لأنّ الإخراج نفسه وصيّة يمكن امتثالها، فيستحقّ غير المخرج الثلث بالإرث.

هذا كلّه بناءً على البطلان في أصل الإخراج لما تقدّم ﴿و﴾ لكن ﴿فيه رواية بوجه آخر مهجورة﴾ العمل، وهي رواية عليّ ابن السري[1] قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنّ عليّ بن السري توفّي فأوصى إليّ، وإنّ ابنه جعفراً وقع على أُمّ ولد له، فأمرني أن أُخرجه عن الميراث؟ قال: فقال: أخرجه، وإن كنت صادقاً فيصيبه خبل».

↑ ج ٢٨ / ٣٢٨

«قال: فرجعت فقدّمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله، أنا جعفر بن عليّ بن السري وهذا وصيّ أبي، فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي».

«فقال أبو يوسف القاضي لي: ما تقول؟ فقلت: نعم هذا جعفر بن

---

(١) الأولى التعبير بـ«رواية وصيّ عليّ بن السري».

عليّ السري ، وأنا وصيّ عليّ بن السري ، قال : فادفع إليه ماله ، فقلت : أُريد أن أُكلّمك ، قال : فادن لي ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي ، فقلت : هذا وقع على اُمّ ولد لأبيه ، فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن اُخرجه من الميراث ولا اُورّثه شيئاً ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته ، فأمرني أن اُخرجه من الميراث ولا اُورّثه شيئاً» .

«فقال : الله ، إنّ أبا الحسن أمرك؟ قال : قلت : نعم ، فاستحلفني ثلاثاً ، ثمّ قال لي : أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به ، فالقول قوله ...»[1] .

بل عن الصدوقين[2] والشيخ[3] العمل بها في موردها ، وإن كنّا لم نتحقّق ذلك عن الأخير منهم ؛ لأنّه جعلها قضيّة في واقعة[4] . نعم ظاهر الأوّلين ذلك ، لكن في الولد الذي قد أحدث الحدث المزبور دون غيره ، وحينئذٍ يكون عدم النفوذ فيما عداه مجمعاً عليه ، بل لعلّه كذلك فيه أيضاً ؛ لعدم قدح خلاف مثلهما فيه .

﴿ولو[5] أوصى بلفظ مجمل[6]﴾ أي مطلق ﴿لم يفسّره

---

(١) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ١٥ ج ٧ ص ٦١، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب إخراج الرجل ابنه ح ٥٥١٥ ج ٤ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: باب ٩٠ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٢٤.

(٢) نقله عن الوالد في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ٢٣ ص ٥٥٩، وقاله الولد في من لا يحضره الفقيه: (انظر ذيل المصدر في الهامش السابق).

(٣ و ٤) نقله عن الشيخ في مفتاح الكرامة: (انظره في الهامش السابق)، وانظر الاستبصار: الوصايا / باب ٨٦ أنّ من كان له ولد ذيل ح ٢ ج ٤ ص ١٤٠، وتهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ذيل ح ١٠ ج ٩ ص ٢٣٥.

(٥) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة الشرائع ـ بدلها: وإذا.

(٦) في بعض النسخ: محتمل.

الشارع[١]﴾ بشيء خاصّ ﴿رجع في تفسيره إلى الوارث﴾ بلا خلاف أجده بين من تعرّض له[٢] ﴿كقوله: أعطوه حظّاً من مالي أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً﴾ أو نحو ذلك من الألفاظ التي يكون مرجعها ما يعيّنه الوارث من مصاديقها المندرجة فيما أراده الموصي بحسب ظاهر اللفظ.

نعم، في المسالك[٣] وغيرها[٤]: «لو تعذّر الرجوع إلى الوارث لغيبة أو امتناع أو صغر أُعطي أقلّ ما يصدق عليه الاسم؛ لأنّه المتيقّن».

قلت: لِمَ لا يكون التخيير للحاكم أو عدول المسلمين في المصاديق كالوارث؟ اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ المخاطب بالتنفيذ أوّلاً وبالذات الوارث، فالخطاب في الحقيقة له، ولكن ناب عنه غيره للتعذّر، فيقتصر على المتيقّن ممّا يعيّنه المنوب عنه لو كان قد باشر التعيين.

نعم، قد يقال: إنّ ذلك هو المتّجه فيما لو أوصى الموصي إلى غير الوارث بتنفيذ وصيّته المزبورة، فإنّه يكون حينئذٍ هو المخاطب، فله التعيين بأيّ مصداق ما لم يتجاوز الثلث، وإن كنت

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: الشرع.

(٢) نفى الخلاف في تحرير الأحكام: الوصايا / الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.

وذهب إلى ذلك في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧ ـ ٨، والوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٨، وقواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٧٠، والدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١٢.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٧.

(٤) ككفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٥.

ج ٢٨ / ٣٢٩

لم أجد مصرّحاً به .

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار التموّل في المصداق ، وإن سلّم صدق المطلق على غيره ، إلّا أنّه قد يقطع بعدم إرادة الموصي إيّاه ، بل قد يقال : باعتبار الأزيد من التموّل في الجليل والجزيل والعظيم... ونحو ذلك من الألفاظ ؛ لشهادة العرف الذي هو المرجع فيها ، خصوصاً لو جمعها فقال : «أعطوا زيداً مالاً جزيلاً ، أو قسطاً عظيماً ، وعمراً مالاً يسيراً ، أو قسطاً يسيراً» أو قال : «عظيماً جدّاً ، أو قليلاً كذلك» فلابدّ حينئذٍ من التمييز بين الشخصين بذلك .

وما في المسالك هنا من احتمال «إرادة الأقلّ ؛ نظراً إلى أنّ جميع المال متّصف بذلك في نظر الشرع ، ومن ثمّ حكم بكفر مستحلّ قليله وكثيره ، كما نبّهوا عليه في الإقرار بمثل ذلك متّفقين على الحكم في الموضعين ، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلّة ونحوها ؛ لاختلاف الحيثيّة بقلّته من حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار . وعلى هذا فلو قال : (أعطوا زيداً قسطاً عظيماً ، وعمراً قسطاً يسيراً) لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزيادة الأوّل عن الثاني كما ذكرناه»[١] .

كما ترى مجرّد دعوى يشهد العرف ـ الذي قد اُمرنا باتّباعه ـ على خلافها .

﴿ولو قال: أعطوه كثيراً، قيل﴾ والقائل الشيخ[٢] والصدوق[٣]

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٦ ـ ١٨٧.

(٢) الخلاف: الوصايا / مسألة ٨ ج ٤ ص ١٣٩.

(٣) المقنع: باب الوصايا ص ٤٧٨.

وجماعة[١] على ما قيل[٢]: ﴿يعطى ثمانين درهماً كما في النذر﴾ للرواية التي وردت فيه مستدلّاً بها على ذلك بقوله تعالى: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة»[٣] وقد كانت ثمانين[٤]. بل عن الشيخ: تعديتها إلى الإقرار أيضاً؛ نظراً إلى أنّ ذلك تقدير شرعي لـ«كثير» من غير فرق بين الموارد جميعها[٥].

﴿وقيل﴾ والقائل المشهور[٦]: ﴿يختصّ هذا التفسير بالنذر﴾ كما اختصّ تفسير بعض الألفاظ ـ مثل الجزء والسهم والشيء ـ في الوصيّة بما عرفت ﴿اقتصاراً﴾ فيما خالف الأصل والعرف واللغة ﴿على موضع النقل﴾.

↑ ج ٢٨ / ٣٣٠

مضافاً إلى أنّ رواية الكثير مرسلة لا جابر لها في المقام، بل الموهن لها متحقّق، ومشتملة على الاستدلال المعلوم إرادة التقريب منه؛

---

(١) كالعلّامة في التحرير: الوصايا / الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤، وذكر الثمانين من دون «درهماً» في فقه القرآن: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٢ ص ٣١٣، والوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٨.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٧.

(٣) سورة التوبة: الآية ٢٥.

(٤) الكافي: الأيمان / باب النوادر ح ٢١ ج ٧ ص ٤٦٣، تهذيب الأحكام: الأيمان / باب ٥ النذور ح ٢٤ ج ٨ ص ٣٠٩، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب النذر والعهد ح ١ ج ٢٣ ص ٢٩٨.

(٥) الخلاف: الإقرار / مسألة ١ ج ٣ ص ٣٥٩.

(٦) ذهب إلى ذلك في السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٨، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٥، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في المبهمة ج ١ ص ٤٦١، وجامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٥.

ضرورة أنّ استعماله في ذلك لايقتضي الانحصار فيه ، مع أنّه قد ورد كثيراً في القرآن في أمكنة متعدّدة غير مراد منه ذلك .

فلا ريب أنّ الأقوى : مساواته لغيره من الألفاظ السابقة كلفظ العظيم ، والله العالم .

﴿والوصيّة بما دون الثلث أفضل؛ حتّى أنّها بالربع أفضل من الثلث، وبالخمس أفضل من الربع﴾ وهكذا ؛ للمروي في محكيّ الحواشي للشهيد عن سعد : «مرضت مرضاً شديداً ، فعادني رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لي : أوصيت؟ قلت : نعم ، أوصيت بمالي كلّه للفقراء وفي سبيل الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : أوص بالعُشر ، فقلت : يا رسول الله ، إنّ مالي كثير وذرّيّتي أغنياء ، فلم يزل رسول الله صلى الله عليه وآله يناقصني وأُناقصه حتّى قال : أوص بالثلث ، والثلث كثير»[1] .

ولقول الباقر عليه السلام : «كان أميرالمؤمنين عليه السلام يقول : لئن أُوصي بخمس مالي أحبّ إليّ من أن أُوصي بالربع، وإن أُوصي بالربع أحبّ إليّ من أن أُوصي بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك ، وقد بالغ . . .»[2] .

وفي خبر آخر : «من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثة . . .»[3] .

---

(١) مستدرك الوسائل: باب ٨ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٤ ص ٩٥.

(٢) الكافي: الوصايا / باب ما للإنسان أن يوصي به ح ٤ ج ٧ ص ١١، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١١ الوصيّة بالثلث ح ٥ ج ٩ ص ١٩٢، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٢٦٩.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥، و«التهذيب»: ح ١ ص ١٩١، و«الوسائل»: ح ٢.

وفي القويّ: «إنّ الثلث حيف»[١].

وفي القويّ أيضاً: «ما أُبالي أضررت بولدي أو سرقتهم ذلك المال»[٢].

إلى غير ذلك من النصوص التي يستفاد منها أفضليّة الوصيّة بالربع والخمس من الثلث، بل عن المقنعة: «أنّه كذلك عند آل محمّد (صلوات الله عليهم أجمعين)»[٣].

كما أنّه يستفاد منها أيضاً استحباب مطلق التقليل[٤] منه الذي قد أفتى به جماعة[٥]، وإن أنكر في جامع المقاصد دلالة النصوص عليه[٦]، لكن لا يخفى على من لاحظها وضوح دلالتها على ذلك، بل قد يستفاد منها كراهيّة الوصيّة بالثلث.

نعم، قد يشكل ذلك بما دلّ على الأمر بالوصيّة به[٧]، وبالمحكي من فعل الصادق عليه‌السلام من الوصيّة به[٨].

ومن ذلك قال في المحكي عن المبسوط: «إنّه إن كان الورثة أغنياء

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب مقدار ما يستحبّ الوصيّة به ح ٥٤٢١ ج ٤ ص ١٨٥، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٢٧٠).

(٢) تقدّم في ص ٦٨٨.

(٣) المقنعة: الوصيّة / باب الوصيّة بالثلث ص ٦٦٩.

(٤) في بعض النسخ: الأقلّيّة.

(٥) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٤، والشهيد في الدروس: الوصيّة / درس ١٧٤ ج ٢ ص ٣٠٥.

(٦) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٩.

(٧) مستدرك الوسائل: باب ٨ من كتاب الوصايا ح ٥ و٦ ج ١٤ ص ٩٤ و٩٥.

(٨) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٢٧٢.

ج ٢٨ / ٣٣١

استحبّ له أن يوصي بالثلث، وإن كانوا فقراء فالأفضل أن تكون وصيّته فيما هو أقلّ من الثلث»[١].

وفي محكيّ الوسيلة: «إن كانوا أغنياء أوصى بالثلث، وإن كانوا فقراء فبالخمس، وإن كانوا متوسّطين فبالربع»[٢].

وفي محكيّ التذكرة: «لا يبعد عندي التقدير بأنّه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا تستحبّ الوصيّة؛ لأنّ النبيّ ﷺ علّل المنع بقوله: (لأن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة)[٣]، ولأنّ إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي ـ إلى أن قال: ـ فحينئذٍ يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلّتهم وغناهم وحاجتهم، فلا يقدّر بقدر من المال»[٤].

قلت: لعلّ ذلك كلّه منهم جمعاً بين النصوص، لكن قد عرفت خبر سعد، ولذلك صرّح بعضهم وأطلق الباقون استحباب التقليل وإن كان الورثة أغنياء.

ولعلّ الأولى له الوصيّة بالثلث وقسمته على الورثة على مقدار سهامهم مع فقرهم، والأمر سهل.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٩.

(٢) الوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٥.

(٣) مسند أحمد: ج ١ ص ١٧٣، سنن أبي داود: ح ٢٨٦٤ ج ٣ ص ١١٢، كنز العمّال: ح ٤٦٠٦٧ ج ١٦ ص ٦١٦، سنن النسائي: ج ٦ ص ٢٤٢، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٢٦٨ و٢٦٩، معرفة السنن والآثار: ح ٣٩٠٩ ج ٥ ص ٩٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ (الطبعة الحجرية).

﴿تفريع﴾ على المسألة السابقة:

وهو أنّه ﴿إذا عيّن الموصى له شيئاً﴾ من مصاديق اللفظ المطلق ﴿وادّعى أنّ[١] الموصي قصده من هذه الألفاظ، وأنكر الوارث، كان القول قول الوارث مع يمينه﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال.

بل ظاهر المتن وغيره[٣]: أنّ اليمين تتوجّه عليه ﴿إن ادّعى﴾ الموصى له ﴿عليه﴾ أي الوارث ﴿العلم﴾ بما ادّعاه على الموصي ﴿وإلّا فلا يمين﴾.

وفيه بحث ؛ إذ الظاهر بمقتضى إطلاق الأدلّة استحقاق اليمين بمجرّد الدعوى على الموصي، وإن كان يمينه التي يكلّف بها على نفي العلم، فلا يعتبر حينئذٍ في استحقاق ذلك دعوى العلم عليه ؛ إذ لعلّه لا يدّعيه عليه لعدم علمه بعلمه، فإذا كلّف باليمين نكل لكونه عالماً بالواقع ولم يعلم به الموصى له، كما هو واضح، والله العالم.

﴿الطرف الثالث: في أحكام الوصيّة﴾

التي قد تقدّم منها: ما ﴿إذا أوصى بوصيّة، ثمّ أوصى بأُخرى مضادّة للأُولى﴾ كما لو أوصى بعين لزيد ثمّ أوصى بها لعمرو، أو

---

(١) ليست في نسخة الشرائع.

(٢) ينظر المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧ ـ ٨، وتحرير الأحكام: الوصايا / الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤، وجامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ٢١٤، ومسالك الأفهام: الوصايا / الوصيّة المبهمة ج ٦ ص ١٨٩.

(٣) كقواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٧٠.

أوصى بربع ماله لشخص ثمّ أوصى به لآخر ﴿عمل بالأخيرة﴾ بلا خلاف ولا إشكال ؛ لكونها ناسخة للأُولى ورجوعاً عنها عرفاً ، بل الظاهر ذلك حتّى لو كان ناسياً للأُولى وذاهلاً كما عرفته فيما تقدّم . بخلاف ما إذا لم تكن مضادّة ، فإنّه يعمل بهما معاً مع الإمكان ، وإلّا بُدئ بالأوّل فالأوّل على حسب ما عرفت .

ج ٢٨ / ٣٣٢

بل قد عرفت الحال أيضاً فيما لو أوصى بثلث ماله ـ مثلاً ـ لزيد ، ثمّ أوصى بثلث ماله لعمرو ، أنّه[1] من المتضادّين أو لا ، فلاحظ وتأمّل .

﴿ولو أوصى بحمل﴾ أمة مثلاً ﴿فجاءت به لأقلّ من ستّة أشهر﴾ الذي هو أقلّ الحمل شرعاً ﴿صحّت الوصيّة به﴾ لظهور وجوده حال الوصيّة ، وإن لم يكن ذلك معتبراً فيه ؛ لصحّة الوصيّة بما تحمله الأمة ، لكنّ المفروض في الوصيّة المزبورة إرادة الحمل الموجود فعلاً ﴿و﴾ قد انكشف بولادته لدون الستّة أنّه كذلك فتصحّ .

بخلاف ما ﴿لو كان[2]﴾ قد جاءت به ﴿لعشرة أشهر من حين الوصيّة﴾ أي بعدها ، بناءً على أنّها هي أقصى الحمل ، فإنّه يعلم بذلك عدم وجوده حال الوصيّة التي قد عرفت فرض بطلانها بذلك ، فـ ﴿لم تصحّ﴾ .

﴿و﴾ أمّا ﴿إن جاءت﴾ به ﴿لمدّة بين الستّة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج﴾ بأن فارقها من يباح له وطؤها ﴿حكم به

(١) تحتمل بعض النسخ: وأنّه.

(٢) في نسخة الشرائع: كانت.

للموصى له﴾ لمعلوميّة سبق وجوده على الوصيّة ؛ إذ احتمال تجدّده منتفٍ بفرض المفارقة ، وأصالة عدم وطء غير الوطء السابق ، وظهور حال المسلمة في عدم الزنا وغيره .

﴿و﴾ من هنا ﴿لو[1] كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له؛ لاحتمال توهّم الحمل في حال الوصيّة وتجدّده بعدها﴾ فلم يعلم حينئذٍ بوجوده قبلها ، والشكّ في ذلك شكّ في صحّتها ، فيبقى أصالة بقاء المال بحالها ، هذا .

ولكن قد يناقش أيضاً : بأنّ الأصل عدم وطء آخر تجدّد منه الحمل ، ووجود الفراش أعمّ من ذلك ، مضافاً إلى أنّ الظاهر ـ بملاحظة الغلبة العاديّة ـ التولّد من الوطء الأوّل فيما بين الأقصى والأقلّ ، بل هي المرجع في الحيوان غير الإنسان الذي لم يقدّر الشارع لأقلّ الحمل منه وأقصاه مدّة معلومة ، وإن اختلفت باختلاف أجناسه ، فإنّ للغنم مقداراً معلوماً عادةً ، وللبقر مقداراً زائداً . . . وهكذا ، ولا فرق بين الإنسان والحيوان في ذلك .

ولذلك قال في المسالك هنا : «إنّ المسألة من باب تعارض الأصل والظاهر ، فلو رجّح مرجّح الظاهر عليه في بعض مواردها ـ كما يتّفق في نظائره ـ لم يكن بعيداً إن لم ينعقد الإجماع على خلافه ، وكيف كان فلا خروج عمّا عليه الجماعة»[2] .

↑ ج ٢٨ / ٣٣٣

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: إن.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩١ ـ ١٩٢.

وإن كان هو كما ترى ؛ ضرورة عدم صلاحيّة معارضة الظاهر للأصل إذا لم يقم دليل على اعتباره شرعاً ، ولا كان بوجه يندرج في العلم عادةً باعتبار أنّه الطمأنينة الحاصلة فيها ، والفرق بين الخالية وغيرها ـ مع اشتراكهما في الأصل المزبور ـ لا يخلو من نظر .

واحتمال : أنّه لظهور حال المسلمة في عدم الزنا ، يدفعه : فرض المسألة في الأعمّ من المسلمة .

مع أنّ سبب التجدّد غير منحصر في الزنا ؛ إذ قد يكون من شبهة أو من رائحة . . . أو غير ذلك من الأسباب التي لا يمكن حصرها ، ولا ظهور لحال المسلمة في نفيها .

فلو فرض الإيصاء بحمل جارية لا زوج لها ولا مولى يطأها ـ كما لو كانت مملوكة لامرأة ـ فاتّفق أنّه جاءت به لدون الستّة صحّت الوصيّة ، وبعد العشرة لم تصحّ ، وفيما بينهما البحث المفروض ، ولا فرق بين الخالية وغيرها في ذلك ؛ إذ خلوّها من الزوج والمولى لا يقتضي عدم حملها .

كما أنّه لا يعتبر في موضوع المسألة كونها ذات زوج أو مولى قد وطئها ، بل المراد الوصيّة بحمل الأمة أو الدابّة على تقدير وجوده من أين ما كان ، ولعلّ ذكر المولى في كلام المصنّف لبيان احتمال تجدّد الحمل ، لا لبيان أنّه مملوك أيضاً حتّى يشكل ذلك بعدم تصوّر حمل مملوك يوصى به من المولى بناءً على عدم ملك العبد ، كما هو واضح .

وكيف كان ، فالتحقيق في المسألة ملاحظة الأُصول في جميع

شقوقها، والعمل على الحاصل منها بالنسبة إلى السبق على الوصيّة وعدمه، حتّى ملاحظة جهل التاريخ وعدمه، من غير فرق بين الإنسان وغيره، والخالية وغيرها، ومعلومة الوطء قبل الوصيّة وغيرها.

ومع فرض الشكّ وعدم تنقيح شيء منهما بشيء منها يحكم ببطلان الوصيّة، ما لم يكن هناك عادة يحصل منها الاطمئنان المزبور على وجهٍ يكون الاحتمال معه موهوماً.

ولم أجد من استند إلى أصل الصحّة في شيء من أفراد المسألة حتّى في صورة الوصيّة به بعد الاطمئنان بحصوله للأمارات العاديّة، ثمّ حصل الشكّ بعد ذلك فيه وقد كان بين الأقلّ والأقصى مع وجود الزوج وعدمه، مع احتماله وإن كان الشكّ المفروض في أصل وجود الموضوع، فتأمّل جيّداً فيه وفي نظائره ممّا يقع على حسب مجرى العقلاء والمعتاد، والله العالم.

ج ٢٨ / ٣٣٤

﴿ولو قال: إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان، وإن كان أُنثى فلها درهم، فإن﴾ خرج أحدهما فلا إشكال، وإن ﴿خرج ذكر وأُنثى كان لهما ثلاثة دراهم﴾ أيضاً للصدق.

﴿أمّا لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكراً[1] فـ﴾له ﴿كذا، وإن كان أُنثى فـ﴾له ﴿كذا، فخرج ذكر وأُنثى لم يكن لهما شيء﴾ لعدم الاندراج في عبارة الموصي التي قد فرض فيها الانحصار، بمعنى كون المراد أنّ جميع ما في بطنها.

(١) في نسخة الشرائع: ذكر.

وكذا لو قال: «ما في بطنها» أو «حملها» أو نحو ذلك ممّا هو ظاهر في كون الموصى له مجموع ما في البطن: الذكر أو الأُنثى، فالفرض لم يذكره الموصي ولم يتعرّض له.

بخلاف العبارة السابقة التي قد عرفت الحال فيها من أنّه يعطى كلّ منهما نصيبه، إلّا إذا قامت قرينة على كون المراد منها ما يراد بالثانية، فلا يعطيان حينئذٍ شيئاً، كما أنّه لو قامت قرينة على كون المراد بالثانية ما يراد بالأُولى أُعطي كلّ منهما نصيبه.

ولو خرج في الصورة الأُولى ذكران أو أُنثيان أو هما معاً، ففي تخيير الوارث في إعطاء نصيب الذكر أو الأُنثى لأيّهما شاء ـ أو اشتراك الذكرين في الدرهمين والأُنثيين في الدرهم، أو الإيقاف حتّى يصطلحا ـ وجوه.

وفي المسالك: «الأوّل أجودها؛ لأنّ المستحقّ للوصيّة هو ذكر في بطنها أو أُنثى في بطنها، وهو صادق عليهما، فيكون تعيينه للوارث كما في كلّ لفظ متواطئ».

«ولا يتوجّه هنا احتمال استحقاق كلّ واحد من الذكرين ـ مثلاً ـ ما عيّن له؛ لأنّ الموصى له مفرد نكرة، فلا يتناول ما زاد على واحد، بل كان بالنسبة إليهما متواطئاً، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو الفقير أو نحو ذلك»[1].

قلت: إن كان المراد المفرد النكرة الذي لا يتناول ما زاد على

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٣.

الواحد على وجهٍ ينافيه التعدّد على حسب: «لا رجل في الدار، بل رجلان» يتّجه عدم إعطاء شيء؛ لعدم اندراج الواقع فيما صدر من الموصي، كما هو كذلك في الصورة الثانية لو جاءت بذكرين أو أُنثيين. وإن كان المراد ما يشمل ذلك ـ باعتبار إرادة الجنس؛ بقرينة المقابلة بالأُنثى ـ فيكون المتّجه الاشتراك حينئذٍ في الموصى به وإن كان قد يحتمل غيره، إلّا أنّ ذلك هو الظاهر.

كما أنّ الظاهر ما ذكره من التخيير مع إرادة الواحد الذي لا ينافيه التعدّد، فإنّه ينحلّ في الفرض إلى أنّ الوصيّة لأحدهما الذي لو فرض التصريح به في الوصيّة اتّجه التخيير، فتأمّل.

ولو ولدت خنثى مشكلاً في الفرض أُعطيت الأقلّ، بناءً على أنّه ليس طبيعة ثالثة؛ لأنّه المتيقّن هنا، وأمّا احتمال[1] عدم استحقاق شيء لأنّه ليس أحد الأمرين، فواضح الضعف.

↑ ج ٢٨ / ٣٣٥

نعم، لعلّه كذلك إذا لم يكن في الموصى به متيقّن، مع أنّ المتّجه فيه الصلح أو القرعة لعدم تعيين المملوك له، بل قد يحتمل ذلك أيضاً فيما إذا كان في الموصى به متيقّن.

ثمّ لا يخفى عليك: أنّ الوصيّة بالحمل المعيّن كالوصيّة له فيجري فيه البحث السابق. نعم لو سقط الأوّل بجناية جانٍ ضمنه للموصى له، بخلافه في الثاني الذي تبطل الوصيّة له بسقوطه ميّتاً وإن كان بجناية جانٍ؛ ضرورة مراعاة ملكه بخروجه حيّاً. ولو سقط ميّتاً لنفسه بطل

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٣.

فيهما كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد ظهر لك: أنّه لا إشكال ولا خلاف[1] في أنّه ﴿تصحّ الوصيّة بالحمل﴾ المتحقّق حال الوصيّة، بل ولا إشكال أيضاً ﴿و﴾ لا خلاف[2] في الصحّة ﴿بما تحمله المملوكة﴾ دابّة أو أمة ﴿والشجرة﴾ لإطلاق أدلّة الوصيّة، فلا يقدح كونه معدوماً حالها؛ لأنّه يكفي فيها احتمال الوجود فيما يأتي وإن لم يكن من شأنه الوجود، كالوصيّة بما يشتريه أو يتّهبه في مستقبل الأزمنة، كما صرّح به في جامع المقاصد[3]، بل هو مقتضى ما في القواعد من أنّ «المراد بالوجود المعتبر في الوصيّة إمكان وجوده؛ احترازاً عمّا يمتنع وجوده»[4].

ومرجعه في الحقيقة إلى عدم اشتراط الوجود؛ ومن هنا ترك اشتراطه فيها بعضهم[5]، بل صرّح آخر بعدم اشتراطه حال الوصيّة[6]، والأمر سهل بعد وضوح المراد.

بل ظاهرهم عدم الفرق في الوصيّة المزبورة بين العهديّة والتمليكيّة، وإن كان قد يشكل الثاني: بعدم قابليّة المعدوم ـ الذي

(١ و٢) ينظر المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٤، وقواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣١ ج ٣ ص ٢٢٧، والحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٨٣ و٤٨٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٠.

(٤) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٥٥.

(٥) كالعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(٦) تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٨، اللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الثاني ص ١٧٧.

لم ينزّله الشارع منزلة الموجود ـ للتمليك.

وقد يدفع: بأنّ الشارع قد نزّله فيها أيضاً منزلة الموجود، مضافاً إلى بناء الوصيّة على تعليق الملك وتأخّره عن حال وقوعها إلى ما بعد الموت، فلا يقدح تعليقها بما يوجد قبل الموت إن وجد، بل وبعد الموت؛ لعدم اعتبار مقارنة التمليك لوقوعها.

والعمدة في ذلك: إطلاق الأدلّة الذي مقتضاه أنّه تصحّ الوصيّة بذلك ﴿كما تصحّ الوصيّة بسكنى الدار﴾ مثلاً ﴿مدّة مستقبلة﴾ مثلاً؛ إذ لا فرق في المنفعة المتجدّدة بين أن تكون عيناً ـ كحمل الشجرة والدابّة ـ وغيرها كركوب الدابّة.

ج ٢٨ / ٣٣٦

كما لا فرق بين المضبوط بمدّة ـ كالمتجدّد في هذه السنة أو عشر سنين ـ وبين المطلق وبين العامّ المتناول لجميع ما يتجدّد منها ما دامت موجودة. ولا في المضبوط بمدّة بين المتّصل بالموت والمتأخّر، كالسنة الفلانيّة من المتجدّدة.

والمراد بالعامّ المتناول لجميع المتجدّد: ما استفيد من لفظ يدلّ عليه، كقوله: «كلّ حمل تجدّد» أو «كلّ ثمرة تتجدّد» أو نحو ذلك.

ولو كانت بما في المتن ففي المسالك: «بني على أنّ (ما) الموصولة للعموم أم لا؟ ومع الشكّ فالواحد معلوم، والأصل عدم الوصيّة في غيره»[1].

وفيها أيضاً: «أنّه يبقى بحث آخر: وهو أنّ الحمل المتجدّد يدخل

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٤.

في هذه العبارة قطعاً لأنّها بصيغة المضارع، وهل يدخل الموجود حال الوصيّة؟».

«يبنى على أنّ المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال، أم يختصّ بأحدهما حقيقةً وهو في الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأُصوليّين والنحويّين، وعليه يتفرّع الحكم».

«والأقوى: عدم دخول الموجود؛ للشكّ في تناوله للحال، ورجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأُصوليّين، وبالجملة: فالمسألة مشكلة المأخذ جدّاً»[١].

قلت: قد يقال على الأوّل: إنّه يمكن إرادة العموم وإن لم نقل بأنّ «ما» الموصولة له؛ باعتبار اقتضاء تمليك الطبيعة لا بشرط[٢] جميع أفرادها، على ما هو مقرّر في نحو «أحلّ الله البيع»[٣] و«الكلب نجس» وغير ذلك من الأحكام المقتضية ذلك، بخلاف مثل الأمر المقتضي تحقّق الامتثال به بفرد واحد.

ومن هنا احتمل في جامع المقاصد إرادة العموم بالوصيّة المطلقة، وإن استضعفه واكتفى بالفرد الواحد[٤]، لكنّه لا يخلو من قوّة.

وعلى الثاني: بأنّ مقتضى الاشتراك في المضارع التوقّف أو الرجوع إلى القرعة، لا التخصيص بالمتجدّد. نعم قد يقال: إنّه المنساق عرفاً في

---

(١) المصدر السابق.

(٢) في بعض النسخ بعدها إضافة: «تمليك».

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٨٧.

مثل الفرض ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فقد ظهر لك من ذلك : أنّه ﴿لو أوصى بخدمة عبد، أو ثمرة بستان، أو سكنى دار... أو غير ذلك من المنافع﴾ سواء كانت أعياناً أو غير أعيان ﴿على التأبيد أو مدّة معيّنة﴾ صحّ من غير خلاف فيه عندنا ، ولا إشكال .

ج ٢٨ / ٣٣٧

ولا يشكل ذلك : بأنّها ونحوها ليست من تركة الميّت ولا من أملاكه ، بل هي نماء التركة التي يملكها الوارث بالموت ، ولذا لم تقض ديونه منها .

لأنّه يدفعه : بأنّها تكون للوارث إذا لم يوص بها الميّت ، وإلّا خرجت ؛ ضرورة أنّه للمالك الموصي التسليط عليها باعتبار ملكه العين ، وقد استفاضت النصوص : أنّه أحقّ بماله ما دامت الروح فيه ، يصنع(١) به ما شاء(٢) ؛ ولذلك كان له إجارة الأعيان وبيع نمائها مدّة تزيد على عمره .

على أنّه لو سلّم عدم كونها من أعيان التركة ولا توابعها ، إلّا أنّ لها كمال المدخليّة في قيمتها ، بل هي في الحقيقة عبارة عنها ، فإذا فرض أنّه أوصى بالمنافع المتجدّدة ، فقد نقّص الأعيان على الوارث فيضمنه في ثلثه ؛ لأنّ كلّ نقص يدخل على الوارث بسبب وصيّة الموصي

---

(١) في بعض النسخ: فيصنع.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٧ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٩٦.

يدخل على الثلث.

إنّما الكلام: في طريق معرفة ذلك، وهو في المدّة المنقطعة واضح؛ ضرورة تقويم العين مسلوبة المنفعة تلك المدّة وغير مسلوبتها، وينظر التفاوت ويخرج من الثلث.

أمّا المؤبّدة فللأصحاب[1] طرق ثلاثة في ذلك:

أحدها: تقويم العين بتمامها على الموصى له واحتساب ذلك من الثلث؛ لعدم قيمة لها مسلوبة المنفعة، ولتعذّر معرفة المؤبّدة بغير ذلك، ولدوام الحيلولة بين الوارث والعين وهو بمنزلة الإتلاف، ولذا ضمن به الغاصب جميع القيمة، فليس إلّا الطريق المزبور وإن كانت العين على ملك الوارث.

ويضعّف: بأنّ ذلك لا يخرج العين عن التقويم أصلاً، فإنّه لابدّ أن تبقى لها منفعة تعود إلى الوارث؛ كالعتق في العبد، وأكل اللحم في الشاة لو أشرفت على الموت فذبحت... ونحو ذلك. وفرق واضح بين الموصى له ـ الذي هو كالمستأجر ـ والغاصب الآخذ باليد العادية، مع إمكان الالتزام به أيضاً.

نعم، لو فرض أن لا نفع في العين أصلاً على وجهٍ لا قيمة لها مسلوبة المنافع اتّجه ذلك، لكنّه فرض نادر، بل ليس مفروض البحث.

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٤، جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ١٩٢ ـ ١٩٤، مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٥، كفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٧.

ومن ذلك يظهر: أنّ المتّجه القول الثاني الذي هو تقويم العين مسلوبة المنافع الموصى بها وإن قلّت القيمة وتقويمها غير مسلوبة، وينظر التفاوت ويخرج من الثلث؛ لكون العين للوارث وله بعض المنافع فيها من حيث الملك، وبذلك تكون ذات قيمة، فلا معنى لاحتسابها من الثلث والفرض أنّها لم تفت على الوارث.

↑ ج ٢٨ / ٣٣٨

كما أنّه لا معنى لعدم احتسابها على أحد منهما، وهو القول الثالث، وإن وجّه[1]: بعدم كونها للموصى له كي تحتسب عليه، وعدم قيمة لها كي تحتسب على الوارث.

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت، كما أنّه لا يخفى عليك ما يتفرّع على ذلك من الوصيّة لرجل بالرقبة ولآخر بالمنفعة مؤبّداً، ومن الوصيّة بالعين وإبقاء المنفعة للورثة... وغير ذلك، في الاحتساب وعدمه، والله العالم.

وكيف كان، فما في المتن: من أنّه لو أوصى بخدمة عبد... إلى آخر ما سمعت ﴿قوّمت المنفعة، فإن خرجت من الثلث، وإلّا كان للموصى له ما يحتمله الثلث﴾ لابدّ من تنزيله على إرادة تقويم المنفعة بأحد الطرق السابقة، لا أنّ المراد تقويم نفس المنفعة من دون ملاحظة العين مسلوبة وغير مسلوبة؛ لما عرفت من أنّ المضمون عليه في الثلث النقص الذي أدخله على العين بسبب الوصيّة بالمنفعة، لا المنفعة نفسها فإنّها ليست من التركة، فلا يعدّ الوصيّة بها إتلافاً لبعض

---

(١) انظر «المسالك» في الهامش السابق: ص ١٩٦.

التركة ؛ كي يحتسب عليه من الثلث .

ومن هنا قد كانت الوجوه السابقة على ما سمعت ، بل لا فرق في ذلك بين الوصيّة بتمام المنفعة أو بشيء منها ، وبين المؤبّدة وغير المؤبّدة ، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل : من الفرق ـ حيث جعل التقويم في الوصيّة باللبن له دون العين [١] ـ في غير محلّه ، وإن علّله في جامع المقاصد بـ «أنّ اللبن نفسه عين وإن عدّ منفعةً عرفاً» [٢] .

لكن قد عرفت أنّ المدار التجدّد لا ذلك ؛ ولذا لم يفرّق المصنّف بين خدمة العبد وثمرة البستان وغيرها في ذلك ، كما هو واضح .

ولو لم يكن له غير العبد الذي أوصى بخدمته مؤبّداً مضت وصيّته في ثلثه خاصّة ، لكن هل يعطى من المنفعة مدّة تقابل مقدار الثلث ثمّ يردّ إلى الورثة ، أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبّداً ولو عشر المنفعة أو أقلّ؟ وجهان ، أقواهما الثاني ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ ﴿إذا أوصى بخدمة عبده﴾ أو منفعة دابّته ﴿مدّة معيّنة فنفقته على الورثة﴾ بلا خلاف [٣] ولا إشكال ﴿لأنّها﴾ في النصّ والفتوى ﴿تابعة للملك﴾ المفروض كونه للوارث .

↑ ج ٢٨ / ٣٣٩

بل الظاهر كونها كذلك ـ لذلك ـ في المؤبّدة ، وإن توقّف فيه الفاضل في القواعد [٤] : ممّا عرفت ، ومن كون الموصى له قد ملك المنفعة فكان

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ١٩٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: (المصدر السابق: ص ١٩٧).

(٤) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٦٨.

كالزوج، بل هي المقابلة للنفقة؛ إذ من كان النفع له كان الغرم عليه، وإلّا لاقتضى الإضرار بالوارث.

كلّ ذلك، مضافاً إلى أصالة البراءة المقتصر في الخروج منها على المتيقّن وهو المملوك ملكاً تامّاً، بل لعلّ الفرض لايندرج في المنساق من المملوك؛ ومن هنا قيل بكون النفقة على الموصى له[١].

لكن فيه: أنّ بعض ما ذكره وارد في الموقّتة أيضاً مشترك الإلزام؛ ضرورة عدم اندراج الموصى له في المنساق أيضاً، مع أنّ الأصل براءة ذمّته، وفرق بينه وبين الزوج الواجب عليه النفقة للدليل عوض التمكين من الاستمتاع خاصّة، بل هو أشبه شيء بالعين المستأجرة.

ومن هنا احتمل[٢] أو قيل: بكون النفقة من بيت المال مطلقاً، أو إذا عجز كسبه عنه.

إلّا أنّ الجميع ـ كما ترى ـ اجتهاد في مقابلة إطلاق ما دلّ على وجوب الإنفاق على المالك الذي هو الوارث قطعاً، ولاينافيه عدم التسلّط على المنفعة، وليس ذلك من الضرر المنفي في الشريعة، بل هو كنفقة الحيوان الذي بطل الانتفاع به، مع أنّه في الفرض متمكّن من إزالته بالعتق مثلاً، والقياس على الزوج ليس من مذهبنا، مع أنّه مع الفارق، وبيت المال معدّ لغير ذلك، والحكم بأخذ النفقة منه متوقّف على

(١) جعل المحدّث البحراني القول بكون النفقة على الموصى له متفرّعاً على قولٍ قد اختاره الشيخ في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(٢) ذكر هذا الاحتمال في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٧.

الحكم بعدم كونها على أحد، وهو محلّ البحث.

نعم، قد يتّجه أخذها منه لو أُعتق وفرض عدم حدوث مال له باتّهاب ونحوه، فإنّه حينئذٍ عاجز؛ لمملوكيّة منافعه وعدم المالك له، أمّا لو كان له مال أُنفق عليه منه؛ لأنّ الحرّ القادر نفقته عليه إلّا في الزوجة، هذا.

وفي القواعد: «لو أسقط الموصى له الخدمة ـ أي الموصى بها ـ مطلقاً أو موقّتةً فللوارث»[1].

قلت: لعلّ وجهه أنّ ذلك من الحقوق التي تسقط بالإسقاط، ولما في جامع المقاصد من «أنّ مناط المنافع المذكورة الذمّة وإن تعلّقت بالرقبة، كما لو استأجره على وجه خاصّ ثمّ أبرأ ذمّته، أو أسلفه في حنطة وشرط كونها من حنطة بلد ثمّ أبرأ ذمّته، وحينئذٍ فيكون حقّاً للوارث؛ لأنّ ما يوهب للعبد فهو لسيّده»[2].

ج ٢٨ / ٣٤٠

لكن فيه: إمكان منع ذلك، بل هو تمليك لمنفعة العبد بالوصيّة، نحو تمليك منفعة الدابّة بها وبالإجارة مثلاً، فليس موردها الذمّة، والعبد لا ذمّة له يتحقّق فيه مثل ذلك نحو الحرّ، مع أنّه يمكن فرض المقام في عبد لا ذمّة له لصغر أو جنون أو غيرهما، والعبد غير قابل للهبة كالدابّة، والمنافع غير قابلة لتعلّق الهبة بها. نعم، يتّجه بقاؤه بعد الإسقاط عبداً مملوك المنافع بالملك الأوّل، فتأمّل.

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ١٩٨ ـ ١٩٩.

ولو أسقطها بعد طروّ العتق ففي جامع المقاصد: «احتمل أيضاً كونه للوارث؛ لأنّ العتق لم يؤثّر في المنافع، وإنّما أثّر في الرقبة وبقيت المنافع مستثناة مملوكة، فإذا أسقط حقّه منها رجعت إلى الوارث؛ لكونها متلقّاة عن مورّثه للموصى له، فإذا بطل حقّه منها عادت إلى الوارث؛ لقيامه مقامه»[١].

وفيه: أنّ المتّجه على ما ذكره أوّلاً كونها للعبد؛ لأنّه إذا جعل محلّها الذمّة ـ ولذا أسقطها بالإسقاط ـ اتّجه حينئذٍ عدم ملك أحد غيره لمنافعه، بل على ما ذكره أخيراً أيضاً، فإنّه هنا حرّ قابل للتمليك.

هذا كلّه في العبد أو الدابّة الموصى بمنفعتهما.

أمّا لو كان الموصى بمنفعته نخلاً ـ مثلاً ـ أو داراً، فاحتاجا إلى السقي والتعمير، لم يجبر أحدهما لو امتنع؛ لأنّ المالك لا يجبر على مصلحته، ولا على مصلحة غيره.

نعم، لو أراده أحدهما على وجهٍ لا يضرّ بالآخر، لم يكن له المنع على الظاهر، فما في المسالك: من احتمال طرد الخلاف في نفقة الحيوان بناءً على وجوب ذلك على المالك حفظاً للمال[٢] لا يخلو من نظر؛ إذ المسلّم حرمة إتلافه سرفاً وتبذيراً، لا وجوب حفظه بالمعنى المفروض، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المنفعة المؤبّدة وغيرها، كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) المصدر السابق: ص ١٩٩.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٧.

﴿و﴾ كيف كان ، فـ ﴿للموصى له التصرّف في المنفعة﴾ على وجهٍ لا ضرر في العين ، بل على حسب التصرّفات في المنافع ﴿وللورثة التصرّف في الرقبة ببيع وعتق وغيره﴾ ما ممّا هو غير منافٍ للمنفعة ﴿ولا يبطل حقّ الموصى له بذلك﴾ بلا خلاف معتدّ به[١] ولا إشكال أجده في شيء من ذلك ؛ لتسلّط كلّ مالك على ملكه ، وليسا كالشريكين اللذين لا يجوز لأحدهما التصرّف في العين المشتركة إلّا بإذن الآخر لعدم التميّز ، بخلافه هنا ، فإنّ ملك كلّ منهما مميّز عن الآخر على وجهٍ يمكن التصرّف فيه من دون منافاة ولا ضرر على الآخر .

وأمّا تسليم الموصى له العين من غيره ، فالبحث فيه ما سمعته في الإجارة[٢] .

ولا فرق في استيفاء منفعته منه بين السفر والحضر بعد فرض شمول اللفظ لذلك ، ولو بالتعميم والإطلاق الذي بمنزلته .

↑ ج ٢٨ / ٣٤١

نعم ، في قواعد الفاضل : «لا يملك الوارث بيعه ـ أي الموصى بمنفعته ـ إن كانت المدّة مؤبّدة أو مجهولة»[٣] ؛ لجهالة وقت الانتفاع المقتضي لتجهّل المبيع في المجهولة ، ولسلب المنافع في المؤبّدة ، فتكون كالحشرات .

---

(١) نسبه إلى الأصحاب ـ فقال: «قالوا» ـ في الحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٩٠.

(٢) في ج ٢٨ ص ٥٩٢...

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٦٧.

وفيه : أنّ المشتري بالبيع يكون كالبائع ، وجهل المدّة التي ينتفع بها الموصى له ـ إذا فرض الوصيّة له بمنفعة سنة مثلاً والخيار بيده ـ لا تجهّل المبيع ، كما أنّ الوصيّة بالمنافع كملاً في مثل العبد لا تصيّره كالحشرات ؛ ضرورة بقاء الانتفاع بعتقه مثلاً ، ولو فرض عين سلب عنها المنافع جميعاً بالوصيّة على وجهٍ يكون شراؤها ونحوه من معاوضات الأموال سفهاً اتّجه المنع حينئذٍ ، ولعلّ ذلك هو المدار من غير فرق بين بيعه على الموصى له وغيره .

فما في القواعد من أنّه «لا يملك الوارث بيعه ؛ أي العبد الموصى بمنفعته مؤبّدة ـ إلى أن قال : ـ وهل يجوز بيعه من الموصى له؟ فيه نظر»[1] لا يخلو من بحث .

بل لا يخلو ما فيها ـ من الإشكال في الاجتزاء بعتقه عن الكفّارة ، وفي صحّة مكاتبته[2] ـ من البحث أيضاً ؛ ضرورة إطلاق أدلّة الكفّارة والكتابة ، وامتناع الاكتساب عليه لا ينافي الثانية ؛ لإمكان أخذ مالها من الصدقات مثلاً .

وعلى كلّ حال ، فالوصيّة بذلك تمليك عندنا لا عارية ، فلو مات الموصى له ورث عنه ، وتصحّ إجارته وإعارته ، ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط ، ويدخل اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب في منافعه فيملكه الموصى له حينئذٍ ، بل الظاهر ذلك حتّى

(١ و ٢) المصدر السابق.

لو أُعتق وإن استشكل فيه في القواعد[١].

نعم، الظاهر عدم ملكه ولد الجارية بذلك؛ لأنّه لا يعدّ من منافعها، بخلاف عقرها وإن دخل في نماء الوقف على وجهٍ يملكه الموقوف عليه باعتبار ملكه ذي النماء وهو المراد بتسبيل المنفعة، لا أنّه يندرج في إطلاق المنفعة الذي هو موضوع المسألة؛ ولذا قلنا بخروج الولد دون العقر، وكذا في الإجارة، فتأمّل.

لكن في القواعد: «وفي تملّك ولد الجارية وعقرها إشكال، ينشأ: من بطلان الوصيّة بمنفعة البضع، وكون الولد جزءً من الأُمّ يتبعها في الأحكام، ومن كون ذلك كلّه من المنافع»[٢].

↑ ج ٢٨ / ٣٤٢

وفيه: منع بطلان الوصيّة بمنفعة البضع، وإن كان لا يجوز له الوطء بذلك؛ إذ لا تلازم بينهما بعد توقّف الأخير على أسباب خاصّة. ولا يملك الموصى له الوطء؛ لأنّ له أسباباً خاصّة ليست الوصيّة منها.

بل في القواعد: «ويمنع الوارث أيضاً منه»[٣]، وإن كان لا يخلو من بحث؛ لأنّه من الاستمتاع الذي يتبع ملك العين كالتقبيل والتلذّذ بالنظر واللمس، فإذا فرض وقوعه على وجهٍ لا ينافي ملكيّة المنفعة اتّجه الجواز.

واحتمال الحبل المنقص للمنفعة، يدفعه: ـ مع أنّ الأصل عدمه ـ

---

(١) المصدر السابق: ص ٤٦٥.

(٢ و٣) المصدر السابق.

إمكان فرضه في جارية آيسة منه.

نعم، قد يتّجه المنع بناءً على ما قلناه من اندراج منفعة البضع في ملك المنفعة للموصى له، والأولى بناء المسألة على ذلك، ويفرّق بينه وبين النظر واللمس بعدم عوض لهما شرعاً بخلافه، وحينئذٍ يتّجه وجوب العقر عليه للموصى له مضافاً إلى الإثم، والله العالم.

وعلى كلّ حال، فإن وطئ أحدهما فهو شبهة لا حدّ عليه، مع احتماله في الموصى له، بل قوّته مع فرض علمه بعدم جواز الوطء له؛ ضرورة كونه وطء أجنبيّة كوطء المستأجر. وتصير أُمّ ولد لو حملت من الوارث، لا منه.

ولو وطئت للشبهة فعلى الواطئ العقر للموصى له، وفي القواعد: «على إشكال»[1].

وإذا أتت بولد فهو حرّ، وعلى الواطئ قيمته للوارث على ما قلناه، وفي القواعد: «فإن قلنا: الموصى له يملك الولد فالقيمة له، وإلّا فللوارث»[2].

ولو ولدت من الموصى له فهو حرّ بناءً على أنّ وطأه شبهة، وعليه القيمة للوارث على ما قلناه.

وللموصى له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته، وليس للعبد التزويج إلّا برضا الوارث، وفي اعتبار رضا الموصى له مع ذلك إشكال،

---

(١) المصدر السابق: ص ٤٦٦.

(٢) المصدر السابق.

وفي القواعد: اعتباره أيضاً[١]، بل هو الأقوى بناءً على اندراج منفعة البضع في المنفعة الموصى بها.

وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص بطلت الوصيّة، وكان المطالب به الوارث، ولو كان القتل موجباً للقيمة صرفت إلى الوارث على الأقوى؛ لانتهاء الوصيّة بانتهاء العمر كالإجارة، ويحتمل شراء عبد حكمه ذلك وتقسيطها بينهما، بأن تقوّم المنفعة المؤبّدة والعين المسلوبة المنفعة ويقسّط عليهما.

ولو قطع طرفه اختصّ الوارث بأرشه[٢] على الأقوى، ويحتمل التقسيط أيضاً، ولو لم تنقص به المنفعة كالأنملة فهو للوارث قطعاً.

↑ ج ٢٨ / ٣٤٣

ولو جنى العبد قدّم حقّ المجني عليه على الموصى له، فإن بيع بطل حقّه وإن فداه الوارث استمرّ حقّه، وكذا إن فداه الموصى له.

وهل يجبر المجني عليه على قبول فداء الموصى له؟ إشكال: من تعلّق حقّه بالعين، ومن كونه أجنبيّاً عن الرقبة التي هي متعلّق الجناية، وكذا الكلام في المرتهن.

ومن ذلك كلّه ظهر لك: أنّ للمالك نفعاً في العين الموصى بمنفعتها بحيث يجوز له بيعها، لا أنّها صارت بالنسبة إليه كالحشرات، والله العالم.

﴿ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشّاب﴾ وهي

---

(١) المصدر السابق.

(٢) في بعض النسخ: بإرثه.

الفارسيّة التي يرمى بها ذلك ﴿و﴾ قوس ﴿النبل﴾ وهي العربيّة التي يرمى بها السهام العربيّة ﴿و﴾ قوس ﴿الحسبان﴾ وهي التي لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها، فيتخيّر حينئذٍ في دفع أحدها بناءً على القاعدة التي ستعرفها إن شاء الله، دون القوس المسمّى بالجلاهق وهي التي يرمى بها البندق، ودون قوس الندف.

خلافاً لابن إدريس: فخيّر بين الخمسة[1].

ولعلّه لا نزاع؛ ضرورة كون المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصيّة، وربّما تكون الخمسة بالنسبة إليه سواء، وربّما يختصّ بواحد كما اعترف به ثاني الشهيدين حيث قال: «لا ريب في أنّ المتبادر في زماننا هو القوس العربيّة خاصّة، بل قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس، ولا ينصرف إليه فهم أحد من أهل العرف»[2].

فالتحقيق: جعل المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصيّة، دون غيره ولو كان لغة ﴿إلّا مع قرينة تدلّ على﴾ إرادة ﴿غيرها﴾ أي القوس المتعارفة، فإنّها المتّبعة حينئذٍ كما هو واضح.

والظاهر عدم دخول الوتر فيه؛ لتحقّق اسمه بدونه وإن توقّف نفعه عليه، فإنّه المدار لا الثاني.

نعم، لو كان هناك عرف يقتضي أو قرينة اتّبعا، وإلّا فلا.

↑ ج ٢٨ / ٣٤٤

﴿و﴾ كذا ﴿كلّ لفظ وقع﴾ معناه ﴿على أشياء وقوعاً متساوياً﴾

---

(١) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ٢٠٦.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ١٩٩.

لكونه متواطئاً ﴿فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا منها﴾ لصدق تنفيذ الوصيّة بذلك، والأصل عدم وجوب غيره، كما أنّ الأصل عدم ثبوت حقّ الخيار لغير الوارث مع فرض عدم إيصاء الموصي به لغيره، كما سمعته فيما تقدّم، هذا.

ولكن في المسالك: إدراج المشترك لفظاً في كلّيّة المتن: ولعلّه لأعمّيّة وقوع اللفظ من المشترك والمتواطئ، بل لعلّ الظاهر منه الأوّل، قال: «وهو أعمّ فائدة، وفي عبارة العلّامة تصريح بإرادته ـ إلى أن قال: ـ وربّما قيل في المشترك بالقرعة، وهو بعيد»[١].

قلت: بل هو قريب كما عن التذكرة[٢] وغيرها[٣] ما لم يقم دليل معتبر على خلافه، لكنّ ظاهر إرسال غير واحد من الأصحاب[٤] لذلك هنا إرسال المسلّمات ـ مع معلوميّة إرادة المتكلّم بالمشترك واحداً معيّناً عند المتكلّم، بل هو معنى المشترك ـ أنّ العرف في الوصيّة يقتضي إرادة المسمّى بهذا الاسم، وهو المسمّى بعموم الاشتراك، ولعلّه كذلك عند التأمّل.

وفي القواعد: «والضابط: أنّ كلّ لفظ يقع على الأشياء وقوعاً متساوياً، إمّا لكونه مشتركاً أو لكونه متواطئاً، فإنّ للورثة الخيار في

(١) المصدر السابق: ص ٢٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٤ (الطبعة الحجرية).

(٣) كجامع المقاصد: الوصايا / الأحكام الراجعة إلى اللفظ ج ١٠ ص ١٤٠ ـ ١٤١.

(٤) إرشاد الأذهان: الوصايا / في المبهمة ج ١ ص ٤٦٢، إيضاح الفوائد: الوصايا / الأحكام الراجعة إلى اللفظ ج ٢ ص ٥١٢، الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٣ ج ٢ ص ٣٠١.

تعيين ما شاؤوا، ويحتمل في المشترك القرعة، ويحتمل الحمل على الظاهر كالحقيقة دون المجاز»[١].

قلت: قد يقال: إنّ الأخير منافٍ لما ذكره من الضابط؛ ضرورة كون الحقيقة في المشترك إرادة المعيّن، لا عموم الاشتراك الذي صرّح به سابقاً[٢]، بل يمكن دعوى ظهور عبارة المتن فيه أيضاً، كما سمعته سابقاً، والله العالم.

هذا كلّه إذا أوصى بالقوس ونحوه من دون قرينة ﴿أمّا لو قال: أعطوه قوسي، ولا قوس له إلّا واحدة، انصرفت الوصيّة إليها من أيّ الأجناس كانت﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال.

ولو فرض أنّ له قسيّاً متعدّدة ولا واحدة تنصرف إليه الإضافة، تخيّر بينها كالسابق.

وفي المسالك: «لكن نزيد هنا: أنّ الحكم يختصّ بما لو كان له من كلّ نوع، فلو كان له من نوعين خاصّة أو ثلاثة؛ فإن كان أحدهما خاصّة من الغالب حمل عليه، وإن اشتركت الغلبة تخيّر الوارث، وإن تعدّد الغالب مع وجود غيره كما لو كان قوس ندف وقوس نبل وقوس حسبان تخيّر في الأخيرين».

↑ ج ٢٨ ٣٤٥

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام الراجعة إلى اللفظ ج ٢ ص ٤٦٠.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٥٤.

(٣) ينظر قواعد الأحكام: (الهامش قبل السابق)، وجامع المقاصد: الوصايا / الأحكام الراجعة إلى اللفظ ج ١٠ ص ١٤٤، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٨، والحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٩٣.

«ولو لم يكن له إلّا قوس ندف وجلاهق خاصّة، ففي التخيير بينهما أو الانصراف إلى الجلاهق لأنّه أغلب، وجهان، وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا»[(١)]، فتأمّل.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿لو أوصى برأس من مماليكه، كان الخيار في التعيين إلى الورثة﴾ لما سمعته من الضابط الذي هذا أحد أفراده ﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿يجوز أن يعطوا صغيراً أو كبيراً، صحيحاً أو معيباً﴾ ذكراً أو أُنثى أو خنثى.

لصدق اللفظ وعدم الانصراف إلى الصحيح هنا، بخلاف التوكيل في الابتياع ونحوه؛ لكونها من التبرّعات المحضة، بخلاف عقود المعاوضة المبنيّة على حفظ المال والمماكسة والمغابنة.

وإنّما يتخيّر الوارث مع وجود المتعدّد في التركة، وإلّا تعيّن الموجود، ولو لم يكن له مملوك بطلت، وهل المعتبر الموجود عند الوصيّة أو الموت؟ أجودهما الثاني؛ لأنّه وقت الحكم بالانتقال وعدمه، كما اعتبر المال حينئذٍ، ووجه الأوّل: إضافة المماليك إليه المقتضية لوجود المضاف.

﴿ولو هلك مماليكه﴾ بالموت ﴿بعد وفاته﴾ أي الموصي أو قبلها ﴿إلّا واحداً تعيّن للعطيّة﴾ كما في كلّ مخيّر انحصر في فرد ﴿فإن ماتوا﴾ أجمع كذلك ﴿بطلت الوصيّة﴾ بمعنى انتفاء موضوعها.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠١.

﴿وإن[١] قتلوا﴾ على وجهٍ يوجب القـيمة ﴿لم تـبطل﴾ الوصـيّة ﴿وكان للورثة أن يعيّنوا له من شاؤوا، و[٢]يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، وإلّا أخذها من الجاني﴾ لانتقال حقّ الوصيّة إلى البدل القائم مقام المبدل عنه في ذلك وفي التخيير، من غير فرق بين الكلّ والبعض.

ولو قتلوا فـي حـياة المـوصي، فـفي المسـالك ـ بـعد أن حكـى الخلاف في ذلك ـ قال: «إنّ الأصحّ عدم بطلان الوصيّة، وانتقال حكمها إلى البدل»[٣].

قلت: لكنّ الإنصاف عدم خلوّ الأوّل عن قوّة، كالعين الموهوبة قبل القبض، والله العالم.

﴿وتثبت الوصيّة﴾ بمال أو ولاية ﴿بشاهدين مسلمين عدلين﴾ بلا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه[٤]؛ لعموم ما دلّ على حجّيّتهما.

↑ ج ٢٨ / ٣٤٦

كما لا خلاف[٥] في أنّه ﴿مع الضرورة وعدم عدول المسلمين،

(١ و٢) في نسختي الشرائع والمسالك: فإن... أو.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٢ (بتصرّف).

(٤) نقل الإجماع في ظاهر جامع المقاصد في الوصيّة بالمال كما أنّه نفى الخلاف في الوصيّة بالولاية، انظره: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣٠٥ و٣١٠، ونفى الخلاف في المورد الأوّل في الحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٤٩٤، ورياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٧٤.

وينظر المبسوط: كتاب الشهادات ج ٨ ص ١٧٢، وقواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت ج ٢ ص ٥٦٨، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٥٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٠١ و١١٣٥ ج ٣ ص ١٩٩ و٢٣٠.

(٥) انظر «الرياض» في الهامش السابق.

تقبل[١] شهادة أهل الذمّة خاصّة﴾ في الأُولى منها[٢]، بل عن فخرالدين[٣] وظاهر الغنية[٤] وصريح الصيمري[٥]: الإجماع عليه.

وهو الحجّة بعد الكتاب[٦] والمعتبرة المستفيضة[٧] التي من كثير منها يعلم اشتراط قبول شهادتهم بالضرورة واختصاص هذا الحكم بأهل الذمّة خاصّة، فيقيّد به حينئذٍ وبالإجماع إطلاق الكتاب وما شابهه من السنّة.

نعم، في خبر يحيى بن محمّد عن الصادق عليه السلام: «... فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله سنّ فيهم سنّة أهل الكتاب في الجزية ...»[٨].

ونحوه المضمر قال: «... اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم تجد من أهل الكتاب فمن المجوس؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب؛ وذلك إذا مات الرجل

---

(١) في نسخة الشرائع: يقبل.

(٢) الأولى التعبير بـ«منهما».

(٣) إيضاح الفوائد: الشهادات / صفات الشاهد ج ٤ ص ٤١٩.

(٤) غنية النزوع: كتاب القضاء ص ٤٤٠.

(٥) تلخيص الخلاف: الشهادات / مسألة ١٩ ج ٣ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٦) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

(٧) وسائل الشيعة: باب ٢٠ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٠٩.

(٨) الكافي: الوصايا / باب الإشهاد على الوصيّة ح ٦ ج ٧ ص ٤، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٧ الإشهاد على الوصيّة ح ١ ج ٩ ص ١٧٨، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٣١١.

بأرض غربة فلم يجد مسلمَين يشهدهما، فرجلان من أهل الكتاب»[١].

إلّا أنّي لم أجد عاملاً به[٢] من الأصحاب، فلا يصلح[٣] للخروج عمّا دلّ على اعتبار العدالة بالمعنى الأخصّ في الشاهد.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: اندراجهم في إطلاق الأصحاب «أهل الذمّة» و«أهل الكتاب» بناءً على أنّهم منهم، لكنّ الظاهر المنساق خلافه، فالمتّجه عدم قبول شهادتهم.

كما أنّ المتّجه قصر الحكم على[٤] خصوص المقام؛ اقتصاراً فيما خالف المعلوم من قوانين الشرع وقواعده على المتيقّن، فما عساه يظهر من تعليل قبول شهادتهم في غير واحد من نصوص المقام[٥] بأنّه «لا يصلح ذهاب حقّ أحد» من التعميم لا محيص من الخروج عنه؛ لما عرفت.

بل قد يقال: بعدم قبول شهادة أهل الذمّة حال عدم العلم بتحقّق الضرورة التي هي شرط ذلك؛ لظاهر جملة من النصوص والفتاوى، واقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل، والشكّ في الشرط شكّ في المشروط.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ المراد ممّا في النصّ والفتوى بيان المانعيّة وإن

---

(١) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب من يجب ردّ شهادته ح ٣٣٠٠ ج ٣ ص ٤٧، وسائل الشيعة: باب ٤٠ من كتاب الشهادات ح ٢ ج ٢٧ ص ٣٩٠.

(٢ و٣) الأولى التعبير بـ«بهما... فلا يصلحان».

(٤) في بعض النسخ: في.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٤٠ من كتاب الشهادات ح ١ و٤ ج ٢٧ ص ٣٨٩ و٣٩٠.

ج ٢٨ / ٣٤٧

برز بصورة الشرط، وإلّا بطلت فائدة مشروعيّة هذا الحكم غالباً المستفادة من النصوص أيضاً؛ ضرورة ندرة معرفة الاضطرار للموصي على وجهٍ يعلم به ذلك شرعاً، فيتّجه حينئذٍ القول بقبول شهادتهم ما لم يعلم التمكّن من غيرهم، بل لعلّه هو مقتضى إطلاق الآية[1] وبعض النصوص أيضاً[2]. وهو قويّ متين.

وعلى كلّ حال، فالظاهر أنّ التمكّن من المسلمَين الفاسقَين ـ ولو بغير الخيانة والكذب ـ كعدمه؛ لعدم قبول شهادتهم ولو في حال الاضطرار، والقياس على ما ثبت من قبول أهل الذمّة محرّم؛ لعدم إحاطة العقل بمصالح ذلك ومفاسده.

بل ولا المجهولَين أيضاً، بل ولا العدل الواحد وإن أمكن التوصّل به إلى إثبات الحقّ مع اليمين من الموصى له، إلّا أنّه لم يعلم إمكانها منه؛ لاحتمال عدم علمه، بل ومع علمه؛ لإمكان تحاشيه، بل وإن لم يتحاش.

لكنّ ظاهر النصوص تحقّق الضرورة بفقد العدلين، بل الظاهر تحقّقها وإن تمكّن من النساء الثلاثة التي يثبت بها ثلاثة أرباع الموصى به، فضلاً عن الاثنتين والواحدة؛ لظهور النصوص في أنّ المدار في قبولها على عدم التمكّن ممّا يثبت به تمام المطلوب من المسلمَين، وهو متحقّق في الفرض.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٢ و٩ ج ١٩ ص ٣٠٩ و٣١٣.

فلا يقال: إنّه مضطرّ في مقدار الربع خاصّة، كما أنّه لا يقال: إنّه متمكّن بالمرأة الواحدة باعتبار تمكّنه من إشهادها على ما يزيد على مطلوبه بثلاثة أرباع، وهكذا في الاثنتين، فإنّ مثله لا يعدّ تمكّناً كما لا يخفى على من تأمّل النصوص.

والظاهر أنّه لا يجوز للمرأة العالمة بقدر الموصى به وأنّه لا شريك لها في الشهادة تضعيف المشهود به على وجهٍ يحصل للموصى له مقدار ما أوصى به له؛ للكذب المحرّم الذي مثل ذلك لا يعدّ مصلحة لتسويغه؛ لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعاً كونه له، وإن كان في الواقع أنّه له.

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار العدالة في أهل الذمّة في دينهم، وفاقاً لصريح جماعة[١] وظاهر آخرين[٢]؛ اقتصاراً على المتيقّن، وللتصريح به في خبر حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله (عزّ وجلّ): (ذوا عدلٍ...)[٣] إلى آخر الآية؟ فقال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إنّما ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة، وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيّته فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيّته رجلين ذمّيين من أهل

↑ ج ٢٨ / ٣٤٨

(١) كالمفيد في المقنعة: القضاء / باب البيّنات ص ٧٢٧، والكركي في جامع المقاصد: الوصايا/ فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣٠٦، والبحراني في الحدائق: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٥٠٠.

(٢) كالشيخ في النهاية: الوصايا / باب شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٣، وابن البرّاج في المهذّب: الوصايا / الإشهاد على الوصيّة ج ٢ ص ١٢١.

(٣) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

الكتاب مرضيّين عند أصحابهما»[١]، بل هو ظاهر غيره[٢] أيضاً، بل لعلّه الظاهر من قوله تعالى: «أو آخران من غيركم»[٣] بعد تقدّم اعتبارها في الشاهدين منّا، فيكون المراد: ثبوتها بالعدلين منّا أو من غيرنا.

وأمّا اعتبار حلفهما مطلقاً أو بعد صلاة العصر ـ بالكيفيّة الموجودة في الآية مطلقاً[٤]، أو مع الريبة فيهم كما في الآية أيضاً[٥] ـ فهو محتمل، بل حكي[٦] عن العلّامة، بل ظاهر الكركي[٧] وغيره[٨] القول به في صورة الريبة؛ للآية وبعض النصوص المفسّرة لها، الظاهر في كون الحكم ما فيها:

قال الصادق عليه السلام في خبر يحيى بن محمّد ـ متّصلاً بما سمعته سابقاً[٩] من صدره ـ: «وذلك إذا مات الرجل في أرض غربة فلم يجد مسلمَين أشهد رجلين من أهل الكتاب، يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله تعالى (لا نشتري...)[١٠] إلى آخر الآية، قال: وذلك إن ارتاب وليّ

---

(١) الكافي: الشهادات / باب شهادة أهل الملل ح ٨ ج ٧ ص ٣٩٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٧ الإشهاد على الوصيّة ح ٤ ج ٩ ص ١٧٩، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٧ ج ١٩ ص ٣١٢.

(٢) تفسير العيّاشي: سورة المائدة ح ٢١٩ ج ١ ص ٣٤٩.

(٣ ـ ٥) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

(٦) حكاه في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٤.

(٧) جامع المقاصد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣٠٦.

(٨) كالشهيد الثاني في المسالك: (الهامش قبل السابق: ص ٢٠٣).

(٩) في ص ٧٢٥.

(١٠) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

الميّت في شهادتهما ، فإن عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما ؛ حتّى يجيء بشاهدين فيقومان مقام الشاهدين الأوّلين (فيقسمان بالله لشهادتنا أحقّ من شهادتهما وما اعتدينا إنّا إذاً لمن الظالمين)[1] ، فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين ، يقول الله تعالى : (ذلك أدنى ...)[2]»[3] إلى آخر الآية .

لكن قد يقوى في النظر خلافه ؛ لإطلاق جملة من النصوص ، معتضداً بخلوّ فتوى المعظم عن ذلك على وجهٍ يعلم منه عدم اعتباره ، فلابدّ من ارتكاب النسخ الذي لا وجه للقول بعدم صلاحيّة مثل ذلك له ؛ ضرورة كونه كالتخصيص أو الندب احتياطاً في الأمر واستظهاراً ، وإن كان لم يذكره المعظم أيضاً ، ومنه يعلم قوّة الاحتمال[4] الأوّل .

ولكنّ الاحتياط ـ مع إمكانه ـ لاينبغي تركه ، بل ينبغي أن يكون حلفهما بما في الآية ، وبعد صلاة العصر الذي هو محلّ اجتماع الناس ، كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله على ما في الخبر[5] .

ويقوى أيضاً : عدم اعتبار السفر في قبولها أيضاً ، وفاقاً للأكثر[6] ،

---

(١) سورة المائدة: الآية ١٠٧. (٢) سورة المائدة: الآية ١٠٨.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٣١١.

(٤) في بعض النسخ: احتمال.

(٥) بحارالأنوار: تاريخ نبيّنا / باب ٣٧ ج ٢٢ ص ٣٢، تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٦٨٧ ـ ٦٨٨، تفسير الرازي: ج ١٢ ص ١١٧.

(٦) نقله عن الأكثر في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

وانظر المقنعة: القضاء / باب البيّنات ص ٧٢٧، والنهاية: الشهادات / باب شهادة من خالف الإسلام ج ٢ ص ٦٢، والجامع للشرائع: كتاب الشهادات ص ٥٣٨.

ج ٢٨ / ٣٤٩

بل في ظاهر المتن في باب الشهادات: الإجماع عليه[١]، بل في الرياض: «لم أجد فيه مخالفاً إلّا نادراً»[٢] وإن تضمّنته الآية، إلّا أنّه خارج مخرج الغالب، فلا يصلح لتقييد ما دلّ على قبولها في السفر والحضر من النصوص حينئذٍ، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك من ذلك كلّه: قبول شهادة أهل الذمّة في الجملة، لكنّ قوله تعالى: «فإن عُثر...» إلى آخر الآية[٣] قد تضمّن حكماً لم يتعرّض له أكثر الأصحاب ولا تصدّوا له، ولم ينصّوا على النسخ ولا على عدمه، مع أنّ النصوص قد تعرّضت له أيضاً؛ فإنّ في:

خبر يحيى بن محمّد عن الصادق عليه السلام ـ بعد أن ذكر شهادة الذمّيّين وحلفهما ـ قال: «فإن عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتّى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين (فيقسمان بالله لشهادتنا أحقّ...) إلى آخر الآية[٤]، فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين، يقول الله (عزّ وجلّ): (ذلك أدنى أن يأتوا)[٥]...»[٦] إلى آخره.

وفي مرسل عليّ بن إبراهيم قال: «خرج تميم الداري وابن بيدي[٧]

---

(١) شرائع الإسلام: الشهادات / صفات الشهود ج ٤ ص ١٢٦.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٧٤.

(٣ و ٤) سورة المائدة: الآية ١٠٧.

(٥) سورة المائدة: الآية ١٠٨.

(٦) تقدّم في ص ٧٢٩ ـ ٧٣٠.

(٧) كذا في المعتمدة والكافي والوافي، وفي بعض النسخ وتفسير القمّي والوسائل ضبطت بـ«بندي» وهكذا باقي الموارد في الرواية.

وابن أبي مارية في سفر، وكان تميم الداري مسلماً وابن بيدي وابن أبي مارية نصرانيّين، وكان مع تميم الداري خرجٌ له فيه متاع وآنية منقوشة بالذهب وقلادة أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتلّ تميم الداري علّة شديدة، فلمّا حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بيدي وابن أبي مارية أن يوصلاه إلى ورثته».

«فقدما إلى المدينة وقد أخذا من المتاع الآنية والقلادة وأوصلا سائر ذلك إلى الورثة، فافتقد القوم الآنية والقلادة فقالوا لهما: هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة؟ قالا: لا، ما مرض إلّا أيّاماً قلائل، قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا؟ قالا: لا، قالوا: فهل اتّجر تجارة خسر [1] فيها؟ قالا: لا، قالوا: فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه: آنية منقوشة بالذهب مكلّلة بالجوهر وقلادة؟! فقالا: ما دفع إلينا فقد أدّيناه إليكم».

«فقدّموهما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فأوجب عليهما اليمين، فحلفا فخلّى عنهما».

↑ ج ٢٨ / ٣٥٠

«ثمّ ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالوا: قد ظهر على ابن بيدي وابن أبي مارية ما ادّعيناه، فانتظر رسول الله صلى الله عليه وآله الحكم من الله في ذلك، فأنزل الله (تبارك وتعالى): (يا أيّها الذين آمنوا...) إلى آخر الآية [2]، فهذه

---

(١) في بعض النسخ: ضرّ.

(٢) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

الشهادة الأُولى التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وآله (فإن عُثر على أنّهما استحقّا إثماً) أي أنّهما حلفا على كذب (فآخران يقومان مقامهما) يعني من أولياء المدّعي (من الذين استحقّ عليهم الأوليان فيقسمان بالله) أي يحلفان بالله أنّهما أحقّ بهذه الدعوى منهما فإنّهما قد كذبا فيما حلفا بالله: (لشهادتنا أحقّ...)[١] إلى آخره، فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله أولياء تميم الداري أن يحلفوا بالله على أمرهم فحلفوا، فأخذ رسول الله صلى الله عليه وآله القلادة والآنية من ابن بيدي وابن أبي مارية وردّهما على أولياء تميم الداري...»[٢].

وهو وإن كان مضمونه غيرالأوّل ـ ضرورة صراحته في حلف أولياء تميم بمجرّد دعواهم ـ إلّا أنّه على كلّ حال مخالف للضوابط والقواعد.

نعم، في غير هذا الخبر: أنّ النصرانيّين قد ادّعيا شراءه من تميم وأنكرهما الورثة[٣]، ولعلّ هذا الوجه في تحليف الوليّين، ويمكن أن يكون الإرث منحصراً فيهما ولذلك حلفا.

إلّا أنّ ذلك كلّه أجنبي عن ظاهر الآية، كما أنّ هذا الخبر ـ الذي هو السبب في نزول الآية ـ أجنبي عمّا عند الأصحاب من قبول شهادة أهل

---

(١) سورة المائدة: الآية ١٠٧.

(٢) الكافي: الوصايا / باب الإشهاد على الوصيّة ح ٧ ج ٧ ص ٥، تفسير القمّي: ذيل الآية ١٠٦ من سورة المائدة ج ١ ص ١٨٩، وسائل الشيعة: باب ٢١ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣١٤.

(٣) بحار الأنوار: تاريخ نبيّنا صلى الله عليه وآله / باب ٣٧ ج ٢٢ ص ٣٢، تفسير الواحدي: ج ١ ص ٣٤٠، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ١٦٤.

الذمّة في الوصيّة؛ لعدم تضمّنه شيئاً من ذلك.

وعلى كلّ حال، فالعمل على ظاهر الآية ما لم يثبت نسخها، وقد أطنب في مجمع البيان في تفسيرها وإعرابها وقراءتها حتّى حكى عن الزجّاج أنّها من «فإن عُثر...» إلى آخر الآية أصعب آية في القرآن إعراباً، خصوصاً على قراءة «فاستحقّ» بالبناء للفاعل[1]، وليس المقام مقام تحرير ذلك، فراجع وتأمّل.

وإن كان الأظهر جعل «الأوليان» خبر مبتدأ محذوف، أي: هما الأوليان؛ بمعنى هما اللذان يقومان ويحلفان من بين الذين استحقّ عليهم أي الورثة، أو استحقّ الموصى له عليهم، على قراءة البناء للفاعل.

ولو شهد عدل وذمّي فالأقرب وجوب اليمين حينئذٍ كما في القواعد[2]؛ ولعلّه لعدم تمام الحجّة بهما وإن كان العدل أولى من الذمّي، لكنّه خارج عن مفروض المشروعيّة، ولا عبرة بمثل الأولويّة المزبورة، بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف[3] في أنّه ﴿تقبل[4] في الشهادة[5] بالمال شهادة﴾ العدل الـ﴿واحد مع اليمين﴾ بل ولا إشكال لإطلاق

↑ ج ٢٨ / ٣٥١

(١) مجمع البيان: ذيل الآية ١٠٨ من سورة المائدة ج ٣ ـ ٤ ص ٣٩٨.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٦٨.

(٣) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣٥ ج ٣ ص ٢٣٠.

(٤) في نسخة الشرائع: يقبل.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: الوصيّة.

دليله، بل يمكن تحصيل الإجماع من الخاصّة عليه[1]، فما في نافع المصنّف من التردّد في ذلك[2] في غير محلّه.

﴿أو شاهد﴾ عدل ذكر ﴿وامرأتين﴾ ثقتين، بلا خلاف[3] ولا إشكال؛ لإطلاق ما دلّ على ذلك الشامل لما نحن فيه، بل هو أخفّ ﴿و﴾ لذلك اختصّ بأنّه ﴿تقبل[4]﴾ فيه ﴿شهادة﴾ الامرأة ﴿الواحدة﴾ العادلة، لكن ﴿في ربع ما شهدت به، وشهادة اثنتين في النصف، و﴾ شهادة الـ﴿ثلاث في ثلاثة الأرباع، و﴾ أمّا ﴿شهادة الأربع في الجميع﴾ فهو مشترك بين المقام وغيره من الأموال.

من غير خلاف في شيء من ذلك أجده[5]، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيّه[6].

والأصل فيه المعتبرة المستفيضة:

منها: قول الصادق عليه السلام في خبر ربعي: «في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي، ليس معها رجل؟ فقال: يجاز ربع ما أوصى بحسب

(١) ينظر المهذّب البارع: الوصايا / في أحكامها ج ٣ ص ١٤٠، ومسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٥، والحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٥٠٠.

(٢) المختصر النافع: الوصايا / الفصل الخامس ص ١٦٧.

(٣) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ١١٣٥ ج ٣ ص ٢٣٠.

(٤) في نسخة الشرائع: يقبل.

(٥) كما في مفاتيح الشرائع: (انظر الهامش قبل السابق)، ورياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٧٦.

(٦) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٥.

شهادتها»[١].

ومنها: قول أبي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصيّة لم يشهدها إلّا امرأة: أن تجوز شهادتها في ربع الوصيّة إذا كانت مسلمة غير مريبة في دينها»[٢].

ولا يعارضها خبر عبد الرحمن: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلّا امرأة، تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العُذرة والمنفوس، وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود...»[٣].

ومضمر عبد الله: «سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إلّا امرأة، أتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلّا في المنفوس والعُذرة»[٤].

ومكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام: «امرأة شهدت على وصيّة رجل لم يشهدها غيرها، وفي الورثة من يصدّقها، ومنهم من يتّهمها؟ فكتب: لا، إلّا أن يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب أن تنفذ

---

(١) الكافي: الوصايا / باب الإشهاد على الوصيّة ح ٤ ج ٧ ص ٤، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٧ الإشهاد على الوصيّة ح ٥ ج ٩ ص ١٨٠، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣١٦.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٩، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٣١٧.

(٣) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩١ في البيّنات ح ١٣٣ ج ٦ ص ٢٧٠، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٦ ص ٣١٨).

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٣٦، و«الوسائل»: ح ٧.

شهادتها»[١].

لقصورها عن المقاومة من وجوه، فلا بأس بطرحها، أو حملها على إرادة عدم نفوذها في الجميع، والأوّل منها على إرادة قبولها فيما هو أعظم من الوصيّة، والثاني على الاستفهام الإنكاري... ونحو ذلك.

نعم، الظاهر قصر الحكم على مورد النصّ، فلا يتعدّى منه إلى غيره، كقبول شهادة الرجل الواحد في النصف ـ باعتبار كونه بمنزلة شهادة امرأتين ـ وإن احتمل[٢]، لكنّه في غير محلّه، بل قد يقال: بعدم ثبوت الربع به فضلاً عن النصف، وإن اختاره الفاضل[٣] وثاني الشهيدين[٤] وغيرهما[٥]؛ لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن إدراكها.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٢

ومن ذلك يعلم: أنّ الخنثى المشكل لا يثبت بشهادتها وحدها شيء؛ لعدم العلم بكونها امرأة، وأمّا الخنثيان فيثبت الربع فقط، والثلاثة ثلاثة أرباع، والأربعة تمام المشهود عليه، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق النصّ والفتوى عدم توقّف قبول شهادتهنّ فيما عرفت على اليمين، خلافاً للمحكي عن التذكرة فقال بتوقّفه عليه كذلك، كما في شهادة الرجل الواحد[٦].

وفيه: أنّه لا دليل هنا على اعتبار اليمين، بل ظاهر الأدلّة خلافه

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٢٤ ص ٢٦٨، و«الوسائل»: ح ٨ ص ٣١٩.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٥.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٦٨.

(٤) المصدر قبل السابق.

(٥) كأنّه مال إليه المقداد في التنقيح: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢ ص ٤١٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوصايا / بقايا مباحث ج ٢ ص ٥٢٢ (الطبعة الحجرية).

كما عرفت، على أنّ اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله في البعض.

والتزامه فيما إذا انضمّ إلى شهادة الاثنين أو الثلاثة ـ باعتبار قيامهما مقام الرجل، بخلاف الواحدة ـ يدفعه: أنّ مقتضى النصوص النصف في الأوّل والثلاثة الأرباع في الثاني بمجرّد الشهادة، ووجود اليمين مع عدم اعتبار الشارع لها بمنزلة العدم.

وقيام الاثنين مقام الرجل في بعض الموارد لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه، حتّى أنّه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك.

وكذا لا يشترط في قبول شهادتهنّ هنا فقد الرجال؛ للإطلاق. خلافاً للمحكي عن الإسكافي[1] والطوسي[2]: فاشترطاه، ولا ريب في ضعفه.

نعم، لا يعتبر في شهادتهنّ غير العدالة، فلا تجزي شهادة الفاسقة ولا الذمّيّة ولو في مقام تقبل فيه شهادة ذكورهم إذا فرض عدمهم؛ اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقّن، وهو ذكور أهل الذمّة دون نسائهم، ولو مع فقد ذكورهم وذكور المسلمين ونسائهم كما هو واضح، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا تثبت الوصيّة بالولاية إلّا بشاهدين﴾ مسلمين عادلين؛ للأصل السالم عمّا يقتضي قطعه بغير ذلك، لعدم

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: القضاء / في الشهادات ج ٨ ص ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢) النهاية: الشهادات / باب شهادة النساء ج ٢ ص ٦٢.

ثبوت حجّيّته.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا تقبل شهادة النساء في ذلك﴾ منفردات، بل في المسالك[1] ومحكيّ غيرها[2]: نفي الخلاف فيه؛ لأنّها ليست وصيّة بمال، بل هي تسلّط على تصرّف فيه، وليس ممّا يخفى على الرجال غالباً، وذلك ضابط محلّ قبول شهادتهنّ منفردات نصّاً وفتوى.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٣

قلت: كما أنّ ضابطِ قبولهنّ منضمّات: كون المشهود عليه مالاً لا ولاية.

لكن قد يناقش: بأنّها قد تتضمّن المال، كما إذا أراد الوصي أخذ الأُجرة والأكل بالمعروف بشرطه، وبأنّ الولاية وإن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به، كبيعه وإجارته وإعارته... ونحو ذلك، ومن ذلك يتّجه القول بالقبول؛ لعموم ما دلّ[3] على قبول خبر العدل الشامل للذكر والأُنثى ولو بقاعدة الاشتراك.

اللّهمّ إلّا أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات ومنضمّات، كما عساه يشعر به في الجملة نفي الخلاف المزبور، مؤيّداً: بعدم العثور على ما ينافيه، وبتقرير من تأخّر عنه عليه على وجهٍ يظهر منه الاعتراف به.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿ هل تقبل﴾ فيها ﴿شهادة﴾ العدل

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٦.

(٢) كجامع المقاصد: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ١١ ص ٣١٠.

(٣) سورة الحجرات: الآية ٦.

﴿الواحد[١] مع اليمين؟ فيه تردّد﴾ عند المصنّف خاصّة في الكتاب خاصّة ينشأ ممّا عرفت ﴿أظهره المنع﴾.

لكن في المسالك: «قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردّد، ولذا وافقهم المصنّف في مختصر الكتاب على القطع»[٢].

بل في الرياض: «أنّ النصوص ـ كالاتّفاق المحكي في المسالك وغيرها ـ متّفقة الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق الماليّة»[٣].

قلت: بل لعلّ الأصل أيضاً يقتضي عدم ثبوتها بعد قيام الأدلّة على اعتبار التعدّد في الشهادة، وقيام اليمين مقام الواحد غير ثابت في المقام.

فتأمّل جيّداً، فإنّه قد أشبعنا الكلام في المسألة في كتاب القضاء[٤] والشهادات[٥]، ومنه يعلم قوّة القول بالاكتفاء به، بل والمرأتين واليمين فضلاً عنهما مع الرجل، فلاحظ وتأمّل.

وأمّا شهادة أهل الذمّة فقد يقال: إنّ مقتضى إطلاق الآية والرواية قبولها فيها أيضاً بالشرط المزبور، ولعلّه لذا ولأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها في القواعد، لكن قال: «أقربه العدم»[٦].

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: شاهد.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٦.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٧٨.

(٤) كتاب القضاء / النظر الثالث / المقصد الرابع / البحث الثالث.

(٥) كتاب الشهادات / الطرف الثالث.

(٦) قواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٦٨ ـ ٥٦٩.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٤

ولعلّه كذلك ؛ اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعيّة على المتيقّن ، ولا إطلاق في الأدلّة بحيث تطمئنّ به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم .

﴿ولو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته أنّه منه، ثمّ مات فأُعتقا[1] وشهدا بذلك﴾ بعد العتق ﴿قبلت شهادتهما﴾ وإن لم نقل بقبول شهادة العبد .

للصحيح : «في رجل مات وترك جارية ومملوكين ، فورثهما أخ له ، فأعتق العبدين ، وولدت الجارية غلاماً ، فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية وأنّ الحبل منه؟ قال : تجوز شهادتهما ويردّان عبدين كما كانا»[2] .

والموثّق : «عن رجل كان في سفر ومعه جارية[3] له وغلامان مملوكان ، فقال لهما : أنتما حرّان لوجه الله واشهدا[4] أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي ، فولدت غلاماً ، فلمّا قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقّوهم ، ثمّ إنّ الغلامين أُعتقا بعد ذلك ، فشهدا بعد ما أُعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريته منه؟ قال : قال : يجوز شهادتهما للغلام ، ولا يسترقّهما الغلام الذي شهدا له ؛ لأنّهما

---

(١) في بعض النسخ: فأعتقهما الوارث.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢١ ج ٩ ص ٢٢٢، الاستبصار: الوصايا / باب ٨٣ من خلّف جارية ح ١ ج ٤ ص ١٣٦، وسائل الشيعة: باب ٧١ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٠٤.

(٣) في الوسائل: جاريتان.

(٤) في الوسائل: وأشهد.

أثبتا نسبه»[١].

مضافاً: إلى نفي الخلاف فيه في الرياض مع الإيصاء بالشهادة[٢]، بل في المسالك: «أنّ عليه أصحابنا»[٣]، بل ومع عدم الإيصاء، خلافاً للطوسي: فخصّها بالأوّل[٤]، ولا وجه له سوى دعوى أنّ أمر الوصيّة أخفّ من غيره، ولذا قبلت فيه شهادة أهل الذمّة، وهو كما ترى. وإلى ما تعرفه في محلّه من قبول شهادة العبد مطلقاً.

وعلى كلّ حال، اتّفاقهم ظاهراً على الحكم هنا، وخلافهم في قبول شهادة العبد على أقوال متعدّدة، إمّا أن يكون للخبرين المزبورين المعتضدين بما عرفت، أو لأنّهما حرّان في ظاهر الشرع وفي حقّ الورثة الذين شهدوا عليهم، وإن استلزم ذلك رقّيّتهما لغيرهم أخذاً بإقرارهما، أو لعدم بيّنة على دعواهما العتق من سيّدهما الأصلي، ولا تنافي بين الأمرين بعد أن كانا من الأحكام الظاهريّة التي يمكن العمل بكلّ منهما؛ نحو الصيد الواقع في الماء، فإنّه يحكم بميتته وطهارة الماء؛ عملاً بكلا الأصلين.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٥

وليس ما نحن فيه ممّا يستلزم[٥] وجوده عدمه؛ لأنّ ذلك إنّما هو

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١٦ ج ٧ ص ٢٠. وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢٠، و«الوسائل»: ح ١ ص ٤٠٣.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٧ (بتصرّف).

(٤) النهاية: الشهادات / باب شهادة العبيد ج ٢ ص ٥٩ ـ ٦٠، والوصايا / باب شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.

(٥) في بعض النسخ بعدها إضافة: من.

في الأحكام الواقعيّة دون الظاهريّة ، فإنّ الأصحاب في غير مقام يجرون كلّاً من الأصلين على مقتضى سببه الظاهر وإن تنافيا في الواقع ، من غير فرق بين اتّحاد الموضوع وتعدّده .

ومن ذلك يظهر لك ما في المسالك ، حيث إنّه ـ بعد أن ذكر الصحيح المزبور ـ قال : «وهو مبنيّ إمّا على قبول شهادة العبد مطلقاً ، أو على مولاه ؛ لأنّهما بشهادتهما للولد والحكم بها صارا رقّاً له ، لتبيّن أنّ معتقهما لم يكن وارثاً ، أو على أنّ المعتبر حرّيّتهما حال الشهادة وإن ظهر خلافها بعد ذلك ، أو على أنّ الشهادة للمولى لا عليه فتقبل ، كما هو أحد الأقوال في المسألة»[1].

﴿و﴾ كيف كان ، فقد قيل[2]: إنّه ﴿لا يسترقّهما المولود﴾ بمعنى : أنّه يحرم عليه ذلك ؛ عملاً بظاهر النهي في الموثّق .

﴿وقيل[3]: يكره، وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ، المؤيّدة : بظاهر الصحيح الأوّل .

وإن كان يمكن أن يقال : إنّه لا تعارض بينهما ؛ باعتبار ظهور الأوّل في رجوعهما مملوكين ، والثاني في أنّه يحرم عليه استرقاقهما ، وهما

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٧.

(٢) كما في النهاية: الوصايا / باب شرائط الوصيّة ج ٣ ص ١٥٤، والمهذّب: الوصايا / الإشهاد على الوصيّة ج ٢ ص ١٢٠.

(٣) كما في المختصر النافع: الوصايا / الفصل الخامس ص ١٦٧، وقواعد الأحكام: الوصايا / فيما به تثبت الوصيّة ج ٢ ص ٥٦٩، ومسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

غير متنافيين.

لكنّ الإنصاف: أنّ الأوّل ظاهر في جواز إبقائهما، فينافي الحرمة في الثاني؛ ومن هنا حمل النهي على الكراهة، خصوصاً بعد التعليل المزبور المشعر بها بل الظاهر، فلا ريب أنّ القول بها هو الأقوى، والله العالم.

﴿ولا تقبل شهادة الوصيّ فيما هو وصيّ فيه، ولا﴾ فيـ﴿ـما يجرّ به نفعاً، أو يستفيد منه ولاية﴾ على المشهور بين الأصحاب[١]، بل الظاهر عدم الخلاف فيه ـ كما اعترف به غير واحد[٢] ـ إلّا من الإسكافي: فجوّز شهادة الوصي لليتيم في حجره وإن كان هو المخاصم للطفل، ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يفسد شهادته من عداوة ونحوها[٣].

ومال إليه المقداد[٤]، بل وكذا ثاني الشهيدين، لكن قال: «إنّ العمل على المشهور»[٥].

بل في الرياض ـ بعد أن نقل ذلك ـ قال: «وهو حسن إن بلغ الشهرة الإجماع، كما هو الظاهر منه، وإلّا فمختار الإسكافي لعلّه أجود؛ لبُعد

(١) نقلت الشهرة في التنقيح الرائع: (يأتي المصدر قريباً)، والحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٥٠٦، ورياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٠.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٩.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: القضاء / في الشهادات ج ٨ ص ٥٣١.

(٤) التنقيح الرائع: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢ ص ٤١٩.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢٠٩.

التهمة من العدل، حيث إنّه ليس بمالك، ولم يكن أُجرة على عمله في كثير من الموارد».

«ومضافاً إلى المكاتبة الصحيحة الصريحة المرويّة في الفقيه في باب شهادة الوصي للميّت وعليه دين، وفيها: (... كتب إليه: أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً بحقّ له على الميّت أو على غيره، وهو القابض للوارث الصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحقّ، ولا يكتم شهادته...)[1]، وظاهر الصدوق العمل بها»[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٥٦

وفيه: أنّ المانع فيه وفي نظائره أنّه يرجع إلى كونه مدّعياً؛ باعتبار ثبوت حقّ له فيما شهد به، فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنّه ملك للراهن مثلاً، وكشهادة الشريك لشريكه وغرماء المفلّس بمال له، بل لعلّ منه غرماء الميّت أيضاً مع قصور التركة، بل ومع عدمه في وجه... ونحو ذلك ممّا يرجع إلى تعلّق حقّ للمدّعي، فعدم قبول شهادته حينئذٍ لذلك.

وحينئذٍ فلا مدخليّة لبُعده عن التهمة بالعدالة، كما أنّ ما ذكرناه حاصل وإن لم يكن له أُجرة.

وأمّا المكاتبة: فمع إعراض المعظم عنها، وإمكان حملها على

---

(١) من لا يحضره الفقيه: ح ٣٣٦٢ ج ٣ ص ٧٣.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

شهادته على ما لا حقّ له فيه من مال الكبير ونحوه، قاصرة عن معارضة ما يقتضي خلافها.

على أنّها مشتملة على كتابته إليه أيضاً: «أنّه هل تقبل شهادة الوصي للميّت بدين له على رجل آخر مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه‌السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدّعي يمين» إذ لا يخفى أنّ يمين المدّعي مع العدل الواحد كافٍ في مثله، فلا يحتاج حينئذٍ إلى شهادته، فاعتبار اليمين معها كناية عن عدم قبولها.

نعم، لا خلاف كما اعترف به غير واحد[1] ـ بل ولا إشكال ـ في قبول شهادة الوصي فيما لم يكن وصيّاً فيه؛ لعموم ما دلّ على قبول شهادة العدل، ومن ذلك شهادته على الميّت بدين.

ولا ينافي ذلك ما في المكاتبة المزبورة، من أنّه «كتب إليه ـ أيضاً ـ: أوَ تقبل شهادة الوصي على الميّت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه‌السلام: نعم من بعد يمين» فإنّ اعتبار اليمين هنا لا ينافي قبول شهادته؛ لكون الدعوى على الميّت، فاعتبارها للاستظهار كما لو كان الشاهد غيره، وهو واضح.

وقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّ الشهادة متى ما جرّت نفعاً لم تقبل، لكن على معنى: رجوع الشاهد إلى كونه مدّعياً، ولو باعتبار تعلّق

(١) كالمقداد في التنقيح: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢ ص ٤١٩، ورياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨١.

حقّ له فيما شهد عليه، فإنّ هذا القدر هو المسلّم من هذه الكلّيّة، وإن كان في كلمات الأصحاب أمثلة لها تقتضي الزيادة على ذلك، إلّا أنّ إقامة الدليل ـ بحيث يصلح للخروج عمّا دلّ على قبول شهادة العدل ـ صعب، كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم في ذلك المقام، وإن كان ربّما ذكر[1] لذلك بعض التعليلات الاعتباريّة التي لا تصلح مدركاً للأحكام الشرعيّة.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٧

والرجاء من الله تعالى أنّه يأتي زيادة تحقيق لذلك في محلّه، وقد فعل والحمد لله (تعالى شأنه) فإنّه قد أشبعنا الكلام فيها في كتاب الشهادات[2]، فلاحظ وتأمّل؛ فإنّه ربّما كان بعض الاختلاف بين المقامين.

﴿و﴾ على كلّ حال، فمقتضى ما ذكرنا أنّه ﴿لو كان وصيّاً في إخراج مال معيّن، فشهد للميّت بما يخرج به ذلك المال من الثلث، لم تقبل[3]﴾ لما فيها من إثبات حقّ له، اللّهمّ إلّا أن يفرض على وجهٍ لا يكون له حقّ أصلاً، فإنّه يتّجه القبول حينئذٍ.

وقد يقال: إنّ مجرّد وصايته على إخراج المال المعيّن لغيره ليس حقّاً يمنع من قبول شهادته، نعم لو كان المال عائداً له اتّجه عدم القبول حينئذٍ لما ذكرناه، فتأمّل جيّداً.

---

(١) ينظر مسالك الأفهام: الشهادات / صفات الشهود ج ١٤ ص ١٩٠...

(٢) كتاب الشهادات / الطرف الأوّل في صفات الشهود / المسألة الأُولى من الوصف الخامس.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: لم يقبل.

﴿مسائل أربع﴾

﴿الأولى﴾

﴿إذا﴾ أعتق في مرض الموت أو ﴿أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم﴾ ولم يجز الورثة ﴿أُعتق ثلثهم﴾ بناءً على الأصحّ من كون المنجّزات من الثلث ﴿بالقرعة﴾ بتعديلهم أثلاثاً بالقيمة[1] وعتق ما أخرجته القرعة، بلا خلاف أجده[2].

للمرسل عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «في ستّة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم، فجزّأهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم»[3].

والصحيح عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يكون له المملوكون، فيوصي بعتق ثلثهم؟ فقال: كان عليّ عليه السلام يسهم بينهم»[4].

والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة[5] عن موسى بن جعفر عليهما السلام:

---

(١) في بعض النسخ: بالقسمة.

(٢) كما في رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٢.

(٣) عوالي اللآلي: المسلك الثالث من الباب الأوّل ح ١٩٦ ج ١ ص ٤٥٦، مستدرك الوسائل: باب ١٦ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٤ ص ١٠٤، سنن النسائي: ج ٤ ص ٦٤، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٨٠، إرواء الغليل: ح ١٦٥٤ ج ٦ ص ٨٧، معرفة السنن والآثار: ح ٣٩٠٦ ج ٥ ص ٨٧.

(٤) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق وأحكامه ح ٧٥ ج ٨ ص ٢٣٤، وسائل الشيعة: باب ٦٥ من كتاب العتق ح ١ ج ٢٣ ص ١٠٣.

(٥) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١١ ج ٧ ص ١٨، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالعتق ح ٥٥٠٣ ج ٤ ص ٢١٥، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٤ ج ٩ ص ٢٢٠.

قال: «إنّ أبي [١] ترك ستّين مملوكاً وأعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم وأخرجت عشرين فأعتقتهم» [٢].

ولو استلزم التعديل التجزئة في العبد أُعتق ذلك الجزء وسعى في الباقي، وإنّما لا يعتق ثلث كلّ واحد منهم ـ مع أنّ كلّ واحد منهم بمنزلة الموصى له، وقد عرفت أيضاً فيما تقدّم أنّ الوصايا إذا وقعت دفعةً قسّط عليها الثلث بالنسبة ـ لما سمعته من فعل النبيّ صلى الله عليه وآله ذلك وغيره وإن كان هو في المنجّز، إلّا أنّ الإجماع بحسب الظاهر على عدم الفرق بينه وبين الوصيّة هنا.

ج ٢٨ / ٣٥٨

مضافاً إلى الصحيح عن عليّ عليه السلام [٣]. بل يمكن أن يكون منها خبر موسى بن جعفر عليهما السلام [٤] سيّما بعد قوله عليه السلام: «فأعتقتهم»، ولاستلزام عتق الكلّ الإضرار بالورثة.

﴿ولو رتّبهم﴾ في الإعتاق أو الوصيّة به ﴿أُعتق الأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث، وتبطل الوصيّة﴾ أو التنجيز ﴿فيمن بقي﴾ إذا لم يجز الوارث، بلا خلاف أجده كما اعترف به في الرياض [٥]؛ لـ: الأصل المتقدّم.

---

(١) في بعض المصادر بدلها: «أبا جعفر»، وفي بعضها: «عن أبيه أنّ أبا جعفر».

(٢) وسائل الشيعة: باب ٧٥ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٠٨.

(٣) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩٠ في البيّنتين يتقابلان ح ٢١ ج ٦ ص ٢٤٠. وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣ ج ٢٧ ص ٢٥٧.

(٤) تقدّم نقله آنفاً.

(٥) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٣.

وخصوص النصّ: «في رجل أوصى عند موته: أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم؟ قال: ينظر إلى الذين سمّاهم وبدأ بعتقهم، فيقوّمون، وينظرون إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ثمّ الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذي سمّى أخيراً؛ لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك»[1].

﴿ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده، استخرج ذلك العدد بالقرعة﴾ لأنّها العدل بين العبيد الذين قد تعلّق لكلّ منهم حقّ بالوصيّة، ولا طريق لتمييزه إلّا القرعة.

﴿وقيل: يجوز للورثة أن يتخيّروا بقدر ذلك العدد، والقرعة على الاستحباب﴾ حينئذٍ ﴿وهو حسن﴾ بل في المسالك: أنّه أقوى[2]؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل، ولا إشكال بعد فرض كون الموصى به من المتواطئ الذي قد عرفت الخيار فيه للوارث.

﴿الثانية﴾

﴿لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجّزاً وليس له سواه﴾ ولم يجز الوارث ﴿قيل: أُعتق[3] كلّه﴾ بناءً على أنّ المنجّز من الأصل ﴿وقيل:

---

(١) تقدّم في ص ٦٣٧.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢١١.

(٣) في نسخة المسالك: عتق.

ينعتق ثلثه، و﴿ حينئذٍ فـ ﴿يسعى للـورثة فـي﴾ الـ ﴿بـاقي﴾ مـن ﴿قيمته، وهو أشهر﴾ وأقوى كما عرفته في الحجر[١] وتعرفه هنا[٢] في محلّه إن شاء الله.

﴿ولو أعتق ثلثه﴾ عند الوفاة ﴿سعى[٣] في باقيه﴾ فيدفع جميع ما يكتسبه فاضلاً عن مؤونته بعد ذلك في فكّ باقيه، لا بنصيب الحرّيّة خاصّة؛ لكونه حينئذٍ كالمكاتب الذي تحرّر بعضه.

﴿ولو كان له﴾ أي المعتِق ﴿مالٌ غيره﴾ أي العبد ﴿أُعتق البـاقي من ثلث تركته﴾ للسراية التي هو سببها، وبذلك كان كالمنجّز الذي قد عرفت أنّ الأصحّ خروجه من الثلث.

مع احتمال كون ذلك من الأصل وإن قلنا: بكون المنجّز منه لا من الأصل؛ باعتبار أنّ العتق بالسراية قهري، فيكون من الأصـل؛ إذ هـو ليس من التبرّعات، وإن كان الأوّل أقوى.

↑ ج ٢٨ / ٣٥٩

﴿الثالثة﴾

﴿لو أوصى بعتق رقبة﴾ وأطلق، ولم يكـن ثـمّة قـرينة، أجـزأ الصـغير والكـبير والذكـر والأنـثى والخـنثى؛ للإطـلاق، وفـي خـبر الحضرمي: «قلت له ـ أي لأبي عبد الله عليه السلام ـ: إنّ علقمة بـن مـحمّد

(١) في ج ٢٧ ص ١٢٧ فما بعدها.

(٢) في ص ٩٧٩ فما بعدها.

(٣) في نسخة الشرائع: يسعى.

أوصاني أن أُعتق عنه رقبة، فأعتقت عنه امرأة، أفيجزيه أم أُعتق عنه من مالي؟ قال: قال: تجزيه، ثمّ قال لي: إنّ فاطمة أُمّ ابني أوصت أن أُعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة»[١].

ولو قال: ﴿مؤمنة، وجب﴾ امتثال ما أوصى به، بلا خلاف[٢] ولا إشكال؛ للنهي عن تبديلها[٣] الذي يكون ترك امتثال ما أوصى به منه أو أولى بالنهي.

والمراد بالإيمان عرفاً: الاعتقاد بإمامة الاثني عشر، وقد يطلق على غير ذلك، إلّا أنّ المنساق عرفاً الآن ذلك، خصوصاً إذا كانت الوصيّة من أحدهم. نعم، الظاهر إلحاق مستضعف هذه الفرقة بهم في الأحكام.

﴿فإن لم يجد[٤] أعتق من لا يُعرف بنصب﴾ كما عن الشيخ[٥]، بل في الرياض عن ظاهر التنقيح وصريح غيره: عدم الخلاف فيه[٦].

لخبر علي بن أبي حمزة ـ المنجبر ضعفه بالشهرة المحكيّة في

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ٥ ج ٧ ص ١٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٥ ج ٩ ص ٢٢٠، وسائل الشيعة: باب ٧٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٠٤.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢٣ ص ٥١٩.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٤) في نسخة الشرائع: لم تجد.

(٥) النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٦٢.

(٦) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٣.

الروضة[١] وعن غيرها[٢] ـ قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتَق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك؟ قال: يشتري من الناس فيعتق»[٣].

وهو وإن كان خالياً من التقييد بعدم النصب، إلّا أنّه معلوم من الخارج كفر الناصب وعدم جواز عتقه. ومنه يعلم: عدم الفرق بين النصب وغيره ممّا يوجب الكفر في فرق المسلمين.

ولعلّ التقييد به لكثرته في المخالفين، وللتصريح به في خبره الآخر: «سألت عبداً صالحاً عليه السلام: عن رجل هلك، فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً، فلم يوجد بالذي سمّى؟ قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمّى، قلت: فإن لم يجدوا؟ قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصباً»[٤].

وهما وإن كانا فيمن لم يجد بما أوصى به الموصي ـ وهو غير مفروض المتن ـ إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق، بل ما في المتن أولى بهذا الحكم من ذلك.

↑ ج ٢٨ / ٣٦٠

والمناقشة[٥]: بضعف السند ـ بعد التسليم ـ مدفوعة بما عرفت من

(١) الروضة البهيّة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٤٩.
(٢) كالحدائق الناضرة: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٢٢ ص ٥١٢.
(٣) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ٩ ج ٧ ص ١٨، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة بالعتق ح ٥٥٠١ ج ٤ ص ٢١٤، وسائل الشيعة: باب ٧٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٠٥.
(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١٠، و«الفقيه»: ح ٥٥٠٢ ص ٢١٥، و«الوسائل»: ح ٢.
(٥) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢١٢.

الانجبار بما سمعت.

فما عن ابن إدريس: من عدم الاجتزاء بذلك[١] ـ وعن ابن البرّاج: أنّه احتاط به[٢]، بل اختاره ثاني المحقّقين[٣] والشهيدين[٤]؛ لعموم: «من بدّله»[٥] ونحوه، فيتوقّع المكنة حينئذٍ، ومع اليأس يكون حكمه حكم ما لو تعذّر صرف الموصى به فيما أوصى به ـ واضح الضعف، بل هو من الاجتهاد في مقابلة النصّ.

وقد عرفت المراد بالناصب في كتاب الطهارة[٦].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو ظنّها مؤمنة﴾ لإخبارها، أو لإخبار من يعتدّ به، أو لإظهارها الإيمان... أو نحو ذلك من الطرق الشرعيّة ﴿فأعتقها، ثمّ بانت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصي﴾ بلا خلاف أجده كما في الرياض[٧].

لقاعدة الإجزاء في نحوه ممّا كان المرء متعبّداً فيه بظنّه.

وللصحيح: «... عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة، فلمّا أعتقناه بان أنّه لغير رِشدة؟ فقال: قد أجزأت عنه، إنّما مثل ذلك مثل

---

(١) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ٢١٣.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ٢١٠، فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ٦ ص ٢١٢.

(٥) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٦) في ج ٦ ص ١٠٢...

(٧) رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٥.

رجل اشترى أُضحيّة على أنّها سمينة فوجدها مهزولة ...»[١].

«الرابعة»

«لو أوصى بعتق رقبة بثمن معيّن، فلم يجد[٢] بـه، لم يـجب شراؤها» بالزائد قطعاً ؛ لعدم المقتضي حتّى لو بذل له الوارث أو غيره، بل لو تمكّن منه من ثلث الميّت لم يجب أيضاً، بل قد يشكل جواز ذلك له ـ فضلاً عن وجوبه ـ بعدم كونه الموصى به.

نعم، لو بذل صاحب الرقبة بأن رضي بالقدر المزبور عـوضاً لهـا، أمكن الوجوب حينئذٍ.

وهو خارج عن المفروض الذي قد عرفت أنّ حكمه : ترك الشراء «وتوقّع وجودها بما عيّن له» فإن أيس منه صرفه في وجوه البرّ التي هي طريق إيصال مال الميّت إليه ؛ إذ لا معنى لإرجاعه إلى الوارث بعد خروجه عنه بالوصيّة. وتعذّر إنفاذها ـ بعد فرض كونها ممكنة في حدّ ذاتها حال الوصيّة ـ لا يبطلها بحيث يرجع المال إلى الوارث.

ج ٢٨ / ٣٦١

ولعلّ الأولى : اختيار شراء شقص له وعتقه عنه من وجوه البرّ ؛ لكونه أقرب إلى الموصى به، وإن كان الأقوى عدم وجوب مراعاة مثل ذلك.

---

(١) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ١٧ ج ٧ ص ٦٢، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / بـاب نوادر الوصايا ح ٥٥٥٢ ج ٤ ص ٢٣٢، وسائل الشيعة: باب ٩٥ من كتاب الوصايا ح ٢ و٣ ج ١٩ ص ٤٣١ ـ ٤٣٢.

(٢) في نسخة الشرائع: فلم تجد.

﴿ولو﴾ توقّع فلم يجدها بذلك، ولكن ﴿وجدها بأقلّ﴾ من الثمن الذي أوصى بها ﴿اشتراها وأعتقها﴾ بلا خلاف أجده فيه[١]؛ لقاعدة عدم سقوط الميسور بالمعسور، ولإمكان دعوى كونه مراداً للموصي في هذا الحال، وللخبر الآتي.

﴿و﴾ إنّما الكلام في قول المصنّف وغيره[٢] ـ بل قيل[٣]: إنّه لا خلاف فيه ـ : ﴿دفع إليها ما بقي﴾ الظاهر في وجوب ذلك عليه، وأنّه لا يجوز صرفه في غيره من وجوه البرّ.

ولعلّه لأنّه أقرب إلى الموصى به.

ولموثّق سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشترى الوصي بأقلّ من خمسمائة درهم وفضلت فضلة، فما ترى في الفضلة؟ قال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن الميّت»[٤]. المحمول على صورة تعذّر الموصى به، ولو بقرينة حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح،

---

(١) كما في رياض المسائل: الوصايا / أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ٣٨٦.

وصرّح بالحكم في الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٧، وتحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الثاني ص ١٧٩، وجامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ١٠ ص ٢١١.

(٢) انظر الجامع للشرائع وما بعده في الهامش السابق.

(٣) كما في رياض المسائل: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٤) الكافي: الوصايا / باب من أوصى بعتق ح ١٣ ج ٧ ص ١٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١٨ ج ٩ ص ٢٢١، وسائل الشيعة: باب ٧٧ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤١٠.

فلا يكون ترك الاستفصال فيه دليلاً على العموم. ومع التسليم يـخصّ بظاهر اتّفاق الأصحاب على عدم الجواز إلّا مع التعذّر؛ ترجيحاً لعموم: «من بدّله»[1] عليه.

وسماعة وإن كان واقفيّاً إلّا أنّه ثقة، فيكون الخبر من الموثّق الذي قد فرغنا من إثبات حجّيّته في الاُصول، على أنّه مـنجبر بـالشهرة أو عدم الخلاف.

ولعلّ في قوله عليه السلام: «قبل أن تعتق» إشارة إلى ما ذكرناه من قرب ذلك إلى الموصى به؛ باعتبار صيرورة دفع بقيّة المال إليها بمنزلة شرائها بالثمن المعيّن، فتأمّل جيّداً.

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

الفصل «الرابع»

«في الموصى له»

«ويشترط فيه: الوجود» حال الوصيّة «فلو كان معدوماً لم تصحّ الوصيّة له؛ كما لو أوصى لميّت، أو لمن ظنّ وجوده فبان ميّتاً عند الوصيّة، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة» في الزمان المستقبل «أو لمن يوجد من أولاد فلان».

ج ٢٨ / ٣٦٢

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[١]، بل عن نهج الحقّ[٢] والتذكرة[٣]: الإجماع عليه.

للأصل المقتصر في تقييده ـ بالمنساق من إطلاقات الوصيّة في الكتاب والسنّة ـ على الوصيّة للموجود.

على أنّ المراد هنا الوصيّة التي قد عرفت كونها تمليك عين أو

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٢ ص ٥١٥، ورياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٧٧.

(٢) نهج الحقّ: في المواريث / مسألة ٨ ص ٥١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ (الطبعة الحجرية).

منفعة ، والمعدوم ليس له أهليّة التملّك ولا قابليّته ؛ ضرورة كون الملك من الصفات الوجوديّة التي لا تقوم بالمعدوم ، بل لا يتصوّر قيامها فيه ، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك .

وما ثبت في الوقف من صحّته على المعدوم تبعاً للموجود ، إنّما هو بمعنى : جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده ، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلّة التامّة في ثبوت الملك له ، لا أنّه مالك حال عدمه ، وإلّا كان وجوده كاشفاً عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر ، وهو معلوم البطلان .

وهذا شيء لا مانع عقلاً ولا نقلاً من شرع الشارع له ، كما أنّه شرعه لإثبات الملك للموجود ما دام موجوداً على وجهٍ ينتقل عنه الملك بموته ، ويتلقّاه الآخر من الواقف ، لا من الموقوف عليه ، على خلاف قياس باقي أسباب الملك .

ولو أنّ الشارع شرّع الوصيّة التمليكيّة على هذا الوجه لم يكن بأس في تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور ، إلّا أنّه لم يثبت من الشارع ذلك فيها ، بل الثابت خلافه وأنّها على قياس باقي أسباب الملك نحو الهبة والبيع والصلح ... ونحوها ، كما لا يخفى على من لاحظ أدلّتها .

ولو سلّم قابليّة تحميل إطلاقاتها ذلك ، إلّا أنّ الإجماع بقسميه على كون المراد منها الموجود .

فما في جامع المقاصد ـ من إشكال ما سمعته من الأصحاب : بما مرّ في الوقف من صلاحيّة المعدوم للملك تبعاً للموجود ، مع أنّ الوصيّة

أخفّ منه كما هو واضح لمن لاحظ أحكامهما[1] ـ في غير محلّه ؛ لما سمعته من وضوح الفرق بين المقامين .

ولا حاجة إلى ما تكلّفه ثاني الشهيدين في الفرق بينهما ، وأطنب به[2] ممّا لا يرجع إلى محصّل ، فلاحظ وتأمّل ، والتحقيق ما عرفت .

ولا يرد عليه : أنّ المعدوم لو كان غير قابل للتمليك ، والملك لم يكن قابلاً للتملّك ، مع أنّ الإجماع بقسميه على صحّة الوصيّة بالمعدوم عيناً ومنفعةً ، وعلى جواز بيع الثمار ... ونحو ذلك ممّا هو من ملك[3] المعدوم .

لأنّا نقول : ـ بعد الفرق بينهما بالإجماع ونحوه ـ أنّه يمكن منع تحقّق الملك في ذلك كلّه حقيقةً ، بل أقصاه التأهّل للملك والاستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل ، وملك المنفعة لمالك العين ، فهو من ملك أن يملك ، لا أنّه ملك حقيقةً ، بل بالأسباب المزبورة استحقّ أن يملك المعدوم بعد وجوده ، لا أنّه مالك للمعدوم حقيقةً .

↑ ج ٢٨ / ٣٦٣

ولو أنّه ثبت في الوصيّة صلاحيّتها لنحو ذلك في الموصى له ـ كما ثبت صلاحيّتها له في الموصى به ـ لقلنا به ، لكنّه لم يثبت ، بل الثابت خلافه كما عرفت ، بل الظاهر ذلك وإن اتّفق وجوده حال موت الموصي ، ولذا قيّدنا الوجود في المتن بحال الوصيّة .

نعم ، هذا كلّه في الوصيّة التمليكيّة ، أمّا الوصيّة العهديّة ـ التي

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٤١.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

(٣) في بعض النسخ: تملّك.

لم يقصد الموصي إنشاء تمليك فيها ـ فلا أجد مانعاً من صحّتها للمعدوم ؛ بمعنى : أن يعهد الميّت في إعطاء شيء أو وقفه أو نحو ذلك لمن يتولّد من زيد مثلاً .

وإطلاق اشتراط الأصحاب الوجود في الموصى له ، منزّل ـ بقرينة تعليلهم وغيره ـ على التمليكيّة التي هي أحد العقود ، كما سمعته سابقاً ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فلا خلاف بيننا[١] في أنّه ﴿تصحّ الوصيّة للأجنبيّ والوارث﴾ بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر[٢] .

مضافاً إلى إطلاق الوصيّة في الكتاب والسنّة وخصوصاً آية «كُتب ...»[٣] إلى آخرها ، والمعتبرة المستفيضة الدالّة على جواز الوصيّة للوارث :

منها : قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح : «الوصيّة للوارث لا بأس بها»[٤]، وفي آخر سأله[٥] محمّد بن مسلم : «عن الوصيّة للوارث؟

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٢ ص ٥١٧.

(٢) الانتصار: مسألة ٣٢٩ ص ٥٩٧ ـ ٥٩٨، المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤ و١١، السرائر: الوصايا / المقدّمة ج ٣ ص ١٨٦، تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٢، مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢١٦.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٤) الكافي: الوصايا / باب الوصيّة للوارث ح ٣ ج ٧ ص ٩، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٢٨٨.

(٥) ظاهر السياق أنّه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام، ولمحمّد بن مسلم عدّة روايات بعضها عن ←

فقال: تجوز»[١]، وفي ثالث: «فقال: تجوز، ثمّ تلا هذه: (إن ترك خيراً)[٢] ...»[٣] إلى آخره... إلى غير ذلك.

فما عن العامّة: من منع جوازها للوارث ـ مطلقاً، أو إذا لم يجز غيره من الورثة[٤] ـ واضح الفساد، كوضوح حمل ما ورد في أخبارنا ممّا يوافق ذلك على التقيّة منهم؛ نحو:

ما عن تفسير العيّاشي من خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام في قوله تعالى: «كُتب...» إلى آخره؟ قال: «هي منسوخة، نسختها آية الفرائض التي هي المواريث...»[٥] أو على إرادة نسخ الوجوب دون الاستحباب أو الجواز.

ج ٢٨ / ٣٦٤

وخبر القاسم بن سليمان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه؟ فقال: لا تجوز وصيّته لوارث،

← أبي جعفر عليه السلام إلّا أنّها ليست بنفس اللفظ، وبعضها بالنصّ إلّا أنّها عن أبي عبدالله عليه السلام.

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ١ و٢ ج ٩ ص ١٩٩، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ذيل ح ٣ (مع ح ٤) ص ١٠، و«الوسائل»: ذيل ح ٤ (مع ح ٥ و٩) ص ٢٨٨ و٢٨٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة للوارث ح ٥٤٤٢ ج ٤ ص ١٩٤، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٢٨٧.

(٤) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤١٩، المجموع: ج ١٥ ص ٣٩٩ و٤٢٠، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣٣٢.

(٥) تفسير العيّاشي: سورة البقرة ح ١٦٧ ج ١ ص ٧٧، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوصايا ح ١٥ ج ١٩ ص ٢٩٠.

ولا اعتراف له بدين[١]»[٢]. المحتمل ـ أيضاً ـ إرادة نفي الوصيّة بالزائد على الثلث.

كما في النبوي المروي عن تحف العقول أنّه قال ﷺ في خطبة الوداع: «... أيّها الناس، إنّ الله قد قسّم لكلّ وارث نصيبه من الميراث، ولا تجوز وصيّة لوارث بأكثر من الثلث»[٣].

ومن الغريب ما في دعائم الإسلام: «وعن عليّ وأبي جعفر وأبي عبدالله (صلوات الله عليهم): أنّهم قالوا: (لا وصيّة لوارث) وهذا إجماع فيما علمناه».

«ولو جازت الوصيّة للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر ممّا سمّاه الله (عزّ وجلّ) له».

«ومن أوصى لوارثه فإنّما استقلّ حقّ الله الذي جعل له، وخالف كتابه، ومن خالف كتابه (عزّ وجلّ) لم يجز فعله».

«وقد جاءت رواية عن جعفر بن محمّد عليهما السلام دخلت من أجلها الشبهة على بعض من انتحل قوله، وهي: أنّه سئل عن رجل أوصى لقرابته؟ فقال: يجوز ذلك؛ لقول الله (عزّ وجلّ): (إن ترك خيراً الوصيّة

---

(١) «له بدين» ليس في التهذيبين.

(٢) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٢ الوصيّة للوارث ح ٩ ج ٩ ص ٢٠٠، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٥ صحّة الوصيّة للوارث ح ٤ ج ٤ ص ١٢٧، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ١٢ ص ٢٨٩).

(٣) تحف العقول: خطبته ﷺ في حجّة الوداع ص ٣٠، وسائل الشيعة: باب ١٥ من كتاب الوصايا ح ١٤ ج ١٩ ص ٢٩٠.

للوالدين والأقربين)[١]».

«والذي ذكرناه عنه وعن آبائه الطاهرين هو أثبت وهو إجماع المسلمين...»[٢] إلى آخره.

ولكن لا غرو؛ فإنّ الرجل المزبور جديد التشيّع على ما ذكر في ترجمته[٣]، والله العالم.

﴿و﴾ كذا ﴿تصحّ الوصيّة للذمّي ولو كان أجنبيّاً، وقيل: لا يجوز مطلقاً﴾ ولكن لم نعرف القائل ﴿ومنهم من خصّ الجواز بذوي الأرحام، والأوّل أشبه﴾ بإطلاق الأدلّة وعمومها، بل عن الخلاف: نفي الخلاف فيه[٤].

﴿وفي الوصيّة للحربي تردّد﴾ وخلاف ﴿أظهره المنع﴾.

فكان حاصل مختاره: التفصيل بين الذمّي والحربي، فالأوّل تجوز له الوصيّة مطلقاً والثاني لاتجوز مطلقاً، وهو قول الشيخ في الخلاف[٥] وابن إدريس في السرائر[٦]، وهو أحد الأقوال في المسألة.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٢) دعائم الإسلام: الوصايا / ذكر ما يجوز من الوصايا ح ١٣٠٥ ج ٢ ص ٣٥٨، مستدرك الوسائل: باب ١٤ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٤ ص ١٠١.

(٣) وفيات الأعيان: رقم ٧٦٦ ج ٥ ص ٤١٥.

(٤) الخلاف: الوصايا / مسألة ٢٦ ج ٤ ص ١٥٣.

(٥) المصدر السابق.

(٦) الموجود فيه في أكثر من موضع جواز الوصيّة للكافر مطلقاً ولم يفصّل بين الذمّي والحربي، كما أنّ هذا هو المنقول عنه في الكتب المعدّة للنقل. انظر السرائر: الوصايا / المقدّمة، وباب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٨٦ و١٩٧، وانظر أيضاً كتاب الوقوف ج ٣ ص ١٥٩ ـ ١٦٠.

ويدلّ عليه في الأوّل: ـ مضافاً إلى نفي الخلاف المزبور ـ قوله تعالى: «لاينهاكم» إلى قوله: «أن تبرّوهم»[١] بناءً على أنّها من البرّ أو أولى بالجواز منه.

وعموم الوصيّة وإطلاقها.

وما دلّ على وجوب إنفاذها وحرمة تبديلها، وأنّها على حسب ما أوصى به الموصي.

↑ ج ٢٨ / ٣٦٥

والنصوص المستفيضة[٢] المشتملة على إنفاذ الوصيّة ولو كان الموصى له يهوديّاً أو نصرانيّاً... وغير ذلك.

وفي الثاني: أنّها مودّة، وقد نهى الله تعالى عنها بقوله: «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حادّ الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم»[٣]. ومنها يعلم عدم الفرق بين الأرحام وغيرهم إذا كانوا حربيّين.

وقوله تعالى: «إنّما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم ـ إلى قوله: ـ أن تولّوهم»[٤].

مضافاً: إلى مفهوم الآية السابقة.

وما عساه يشعر به الوصل في تلك النصوص؛ باعتبار ظهوره في أنّ أقصى أفراد الجواز اليهودي والنصراني، ولو كان الحربي جائزاً لكان

---

(١) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

(٣) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٤) سورة الممتحنة: الآية ٩.

أولى بالذكر .

ولأنّ الحربي غير قابل للملك ؛ لأنّه وما معه ملك للمسلم .

ولأنّه لو صحّت لوجب تنفيذها ، وهو منافٍ لما دلّ على أخذ المال من الحربي .

لكن قد يناقش : بمنع كون الوصيّة ـ التي هي عطيّة بعد الموت ، مقابلةً للهبة التي هي عطيّة حال الحياة ـ مودّةً وتوليةً وبرّاً ؛ لأنّ الأغراض الداعية إلى ذلك كثيرة ، فإنّه يمكن أن يكون مكافأة وتأليفاً لهم ... وغير ذلك ممّا لا يندرج سببه في الآيتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما : المنع من ذلك من حيث المحادّة لله والقتال للمسلمين وعدم الرغبة في الدين ، لا من غير هذه الحيثيّة ؛ وإلّا لمنعت الهبة لهم ولغيرهم .

كلّ ذلك ، مع أنّه يمكن منع اقتضاء ذلك[1] الفساد للعقد وإن أثم بالمودّة التي تترتّب عليها الوصيّة والهبة مثلاً ، وليس ذلك من الوصيّة بالمحرّم حتّى لو قلنا بحرمة الإيصاء عليه .

والوصل المزبور إنّما تضمّن اليهودي والنصراني ، وهو أعمّ من الذمّي والحربي ، ودعوى انسياق الأوّل منهما ـ ولذا يقابل بالحربي ـ محلّ منع ؛ فإنّ غالب أهل الحرب ـ سابقاً ولاحقاً ـ النصارى ، والمقابلة إنّما هي بين الذمّي والحربي ، لا بين النصراني ـ مثلاً ـ والحربي .

بل لا يبعد دعوى ظهور العبارة في إرادة بيان عدم فرد آخر أشرّ من

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: عدم.

ذلك، نحو قوله فيمن ترك الحجّ: «إن شاء يموت يهوديّاً أو نصرانيّاً»(١)، فهو حينئذٍ دالّ على التعميم لا على خلافه. مؤيّداً ذلك: بما دلّ على صحّة وصيّة المجوسي للفقراء وأنّها تنصرف إلى فقراء نحلته(٢)، مع أنّه مكلّف بالفروع.

↑ ج ٢٨ / ٣٦٦

ودعوى: عدم قابليّة الحربي للملك واضحة المنع، وإن ورد(٣): أنّهم ومالهم فيء للمسلمين، بمعنى: إباحة ذلك للمسلمين، لا أنّهم تجري أحكام المماليك حقيقةً عليهم.

والمراد بتنفيذ الوصيّة: الحكم بكونها للموصى له، فلا ينافيه ثبوت استحقاق على الموصى له بمقاصّة ونحوها، ومنه ما نحن فيه؛ إذ لا منافاة بين صيرورة المال له بحسب الوصيّة وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك.

وخبر إبراهيم بن محمّد قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام يسأله عن يهودي مات وأوصى لديّانه بشيء؟ فكتب عليه السلام: أوصله إليّ، وعرّفني لأُنفذه فيما ينبغي إن شاء الله»(٤) كخبر محمّد بن عيسى(٥) قال: «كتب عليّ بن بلال إلى أبي الحسن

---

(١) ثواب الأعمال: باب عقاب من ترك الحج ح ٢ ص ٢٨١، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب وجوب الحج وشرائطه ح ١ (مع ذيله) ج ١١ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٤ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٤٢.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤٣ من أبواب جهاد العدو ح ١ ج ١٥ ص ١١٦.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٣ الوصيّة لأهل الضلال ح ٩ ج ٩ ص ٢٠٤، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٧ الوصيّة لأهل الضلال ح ٦ ج ٤ ص ١٢٩، وسائل الشيعة: باب ٣٥ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٤٤.

(٥) في المصدر بعدها إضافة: عن محمّد بن محمّد.

عليّ بن محمّد عليه‌السلام: يهودي مات وأوصى لديّانه بشيء أقدر على أخذه، هل يجوز أن آخذه فأدفعه إلى مواليك؟ أو أُنفذه فيما أوصى به اليهودي؟ فكتب عليه‌السلام: أوصله إليّ وعرّفنيه لأُنفذه فيما ينبغي إن شاء الله»[١].

لا صراحة فيهما بالبطلان، بل ولا ظهور بناءً على أنّ المراد بالديّان أهل دينه وملّته. وعن الشيخ: حملهما على إنفاذه في الدين؛ لأنّه أعلم بكيفيّة القسمة فيهم[٢] ووضعه مواضعه[٣]، وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه.

وممّا عرفت يظهر لك: قوّة القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره، وإن دلّ على الجواز في الأوّل ـ زيادةً على ما عرفت ـ عموم ما دلّ على صلة الأرحام وبرّهم وإعطائهم والوصيّة لهم من الكتاب[٤] والسنّة[٥]؛ حتّى قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين...»[٦] إلى آخره، لكنّ ذلك لا يقتضي اختصاصهم بالجواز كما هو واضح.

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب نوادر الوصايا ح ٥٥٥٦ ج ٤ ص ٢٣٣، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٠ ص ٢٠٥، و«الوسائل»: ح ٣.

(٢) في بعض النسخ بدلها: بينهم.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٣ الوصيّة لأهل الضلال ذيل ح ٩ ج ٩ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٤) سورة النساء: الآية ١، سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة الأحزاب: الآية ٦، سورة محمّد: الآية ٢٢.

(٥) أُصول الكافي: الإيمان والكفر / انظر باب صلة الرحم ج ٢ ص ١٥٠.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

ومن الغريب اعتماد بعض الأساطين[١] في[٢] المنع في الحربي على[٣] ما حكي عن الشيخ في بعض كتبه من قوله: «لا تجوز الوصيّة للحربي عندنا»[٤] باعتبار إشعاره بالإجماع.

ج ٢٨ / ٣٦٧

وفيه: ـ مع أنّ الشيخ هو الذي حكى الخلاف[٥]، ومنه يعلم عدم ظهور «عندنا» في ذلك ـ أنّ إثبات الأحكام الشرعيّة بأمثال ذلك من مفاسد الفقه.

مضافاً إلى ما عن مجمع البيان: من الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل من شاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة، قال: «وإنّما الخلاف في إعطائهم مال الزكاة والفطرة والكفّارات، فلم يجوّزه أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء»[٦]، والله العالم.

﴿ولا تصحّ الوصيّة لمملوك الأجنبيّ﴾ أي غير الموصي ﴿ولا لمدبّره[٧]، ولا لأمّ ولده، ولا لمكاتبه المشروط، و[٨]﴾ لا المطلق ﴿الذي لم يؤدّ شيئاً[٩] من مكاتبته ولو أجاز[١٠] مولاه﴾

---

(١) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٢ و٣) في بعض النسخ أُبدلت «في» بـ «على» وحذف فيها «على» الثانية.

(٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤١.

(٥) المصدر السابق: ص ٦٣.

(٦) مجمع البيان: ذيل الآية ٨ من سورة الممتحنة ج ٩ ـ ١٠ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٧) في نسخة الشرائع: ولا لمدبّرة الأجنبي.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك: أو.

(٩) أُخّرت هذه الكلمة في نسختي الشرائع والمسالك عن «من مكاتبته».

(١٠) في نسخة الشرائع: أجازه.

إجماعاً محكيّاً عن ظاهر المهذّب[١] وصريح التذكرة[٢]، بل والتنقيح لكن خصّه بالقنّ وأُمّ الولد، وحكى الخلاف في المدبّر والمكاتب عن المفيد والديلمي حيث جوّزا الوصيّة له، خلافاً للمبسوط وابني حمزة وإدريس حيث منعوا فيهما، وجعله في الأوّل أشبه كما هو المشهور بين المتأخّرين، وقوّى الجواز في الثاني[٣] وفاقاً للشهيدين[٤].

وفي الرياض: «لم أقف في شيء من كتب الأصحاب على من نقل الخلاف عنهما في ذلك. نعم، عن المختلف والمهذّب حكاية الخلاف عن المبسوط وابن حمزة في الوصيّة لعبد الوارث حيث جوّزاه. وهذا الخلاف كسابقه ـ لو صحّ النقل ـ شاذّ، بل على فساد الأوّل ادّعى الإجماع في التذكرة»[٥].

قلت: لا ينبغي التأمّل في بطلان القول بصحّة الوصيّة للمدبّر وعبد الوارث بناءً على عدم ملك العبد مطلقاً ـ كما عرفت تحقيقه في كتاب البيع[٦] ـ أو غير ما يملّكه مولاه، أو فاضل الضريبة، أو أرش الجناية؛ ضرورة عدم كون ما نحن فيه من ذلك.

بل هو كذلك في المدبّر ـ فضلاً عن القنّ ـ وإن تحرّر عند استحقاق

---

(١) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ١٠٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ (الطبعة الحجرية).

(٣) التنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٢.

(٤) الدروس الشرعيّة: المكاتب / درس ١٦٦ ج ٢ ص ٢٥١، مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣، الروضة البهيّة: الوصايا / الفصل الأوّل ج ٥ ص ٢٦.

(٥) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٦) في ج ٢٥ ص ٣٤٣.

الوصيّة بعد أن كان مملوكاً حالها، كما في القواعد[١]؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالوصيّة للمعدوم حالها إذا وجد حال الاستحقاق، فإنّ المنساق من أدلّة مشروعيّة الوصيّة خلاف ذلك، وأنّه بالموت يتحقّق ملك الموصى له من غير توقّف على شيء آخر.

فالمتّجه حينئذٍ البطلان في الفرض حتّى لو صرّح باشتراط حرّيّته عند استحقاق الوصيّة.

إنّما الإشكال إن كان ففي المكاتب؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه، ولذا يصحّ بيعه واكتسابه، بل الوصيّة له نوع من الاكتساب، ومن هنا مال من عرفت وغيره كالكركي إلى صحّة الوصيّة له[٢].

↑ ج ٢٨ / ٣٦٨

لكن فيه أوّلاً[٣]: ما سمعت من دعوى الإجماع على عدم صحّة الوصيّة له.

مضافاً إلى ما تقدّم في محلّه[٤] من عدم قابليّة المملوك للملك، وأنّه كَلّ على مولاه لا يقدر على شيء[٥] كالبهائم، من غير فرق في ذلك بين جميع أفراده، والكتابة لا تقتضي قابليّته للملك مطلقاً وإن شرّعت على وجهٍ تتعقّبها الحرّيّة إذا حصل الوفاء بما ضرب عليه وإن

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٤٩.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥، فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ٢٣٢.

(٣) ليس له عِدل ظاهر في العبارة.

(٤) في ج ٢٥ ص ٣٤٣...

(٥) سورة النحل: الآية ٧٥.

كان هو مال السيّد.

لا يقال: إنّ المراد من صحّة الوصيّة له معاملة الموصى به معاملة ما يستفيده بكسبه.

لأنّا نقول: إنّه لم يثبت اقتضاء عقد الكتابة ذلك في غير كسبه، ودعوى: أنّ قبول الوصيّة والهبة له من كسبه يمكن منعها، ولو سلّم اقتضاء إطلاقها ذلك لكن يجب الخروج عنه هنا بالإجماع المزبور.

وصحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة، فأوصت له عند موتها بوصيّة، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّتها إنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى: أنّه يرث بحساب ما أُعتق منه، ويجوز له من الوصيّة بحساب ما أُعتق منه. وقضى في مكاتب أُوصي له بوصيّة وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّة. وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأُوصي له بوصيّة فأجاز له ربع الوصيّة. وقال في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أُعتق منها»[1].

ورواه في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام لكن فيه: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب...»[2] إلى آخر الخبر.

وكذا رواه في التهذيب لكن بدون حديث النصف، وزاد في آخره:

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢٤ ج ٩ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٨٠ من كتاب الوصايا ح ١ (مع ذيله) ج ١٩ ص ٤١٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الوصيّة للمكاتب ح ٥٥٠٦ ج ٤ ص ٢١٦.

«وقضى في وصيّة مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما أُعتق منه»[١]. والظاهر إرادته وصيّة نفسه ـ كما هو مضمون غير واحد من النصوص ـ لا الوصيّة له الذي هو مفروض المسألة.

والمناقشة[٢] في السند: باشتراك محمّد بن قيس بين الثقة وغيره. يدفعها: منع الاشتراك في الراوي للقضايا، مع أنّ الراوي عنه هنا عاصم بن حميد، وهو قرينة واضحة على كونه البجلي الثقة، وأمّا إبراهيم بن هاشم فهو أجلّ من أن يوصف بالوثاقة.

↑ ج ٢٨ / ٣٦٩

وكذا المناقشة في جامع المقاصد في الدلالة: بأنّها واقعة عين لاعموم فيها[٣]؛ فإنّها واضحة الفساد، لظهور دلالتها في المطلوب، بل صراحتها، خصوصاً مع ملاحظة تقرير الورثة فيها على دعواهم، بل هي من النصوص المشتملة على سؤال وجواب قد ترك الاستفصال عنه كما هو محرّر في محلّه.

كلّ ذلك، مع تأيّدها بما في خبر ابن الحجّاج عن أحدهما عليهما السلام: «لا وصيّة لمملوك»[٤] الذي يظهر كون المراد منه ما نحن فيه بملاحظة الخبر الآتي في المسألة الثانية باعتبار وقوع نحو ذلك فيه، ومفروض

---

(١) تهذيب الأحكام: العتق / باب ٣ المكاتبة ح ٣٣ ج ٨ ص ٢٧٥.

(٢) كما في جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣.

(٣) انظر «جامع المقاصد» في الهامش السابق.

(٤) تقدّم في ص ٥٨٢.

السؤال : أنّه قد أوصى له بوصيّة ، فلا مجال حينئذٍ عن القول ببطلان الوصيّة له . نعم لو كان قد تحرّر بعضه صحّت الوصيّة له بالنسبة .

ولو أوصى للجزء الحرّ منه كان فيه إشكال ، أقواه عدم الصحّة ؛ لأنّ المالك مَن تحرّر بعضه ، لا البعض المحرّر ، وبذلك وردت الأخبار وجرى عليه كلام الفقهاء الأخيار .

مع أنّه قد يقال : إنّ المالكيّة من الأعراض النفسانيّة ، والمملوكيّة من الأعراض الجسمانيّة ، وحصول الأوّل للنفس الإنسانيّة كاملاً مشروط بانتقال الثانية عن البدن ، فإذا انتفت عن بعضه ثبت الملك بالنسبة ، وزوال الملك بالموت إنّما هو لمدخليّة اتّصالها بالبدن فيه .

ثمّ إنّ الظاهر أنّ[1] قول المصنّف : «ولو أجاز مولاه» راجع إلى الجميع ، ويحتمل الأخير ويستفاد حكم غيره بطريق أولى .

وزاد في القواعد على ما في المتن : «ولا يكون وصيّة للمولى»[2] . والغرض منه الردّ به على بعض العامّة القائلين بذلك إذا استمرّ رقّه[3] .

وفيه : أنّ ملك المولى له ـ مع عدم قصد الناقل ، وعدم معاوضته بعين مملوكة له ؛ كي يدخل معوّضها في ملكه قهراً وإن قصد الناقل خلافه ـ مخالف للضوابط الشرعيّة ، التي منها : أنّ العقود تابعة للقصود ، والله العالم .

---

(١) في بعض النسخ: من.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٤٩.

(٣) جواهر العقود: ج ١ ص ٣٥٣، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٤١.

﴿و﴾ كيف كان ، فلا خلاف في الظاهر ـ كما اعترف به غير واحد[1] ـ في أنّه ﴿تصحّ﴾ الوصيّة ﴿لعبد الموصي ومدبّره[2] ومكاتبه وأُمّ ولده﴾ في الجملة ، بل في جامع المقاصد[3] وعن المهذّب[4] : الإجماع عليه في الجميع ، وعن فخر الدين[5] والصيمري[6] : الإجماع في الأوّل ، والتذكرة في الأخير[7] .

ج ٢٨ / ٣٧٠

وهو الحجّة بعد النصوص التي منها ـ كما قيل[8] ـ الصحيحان :

في أحدهما : «رجل أوصى بثلث ماله لمواليه ولمولياته ، الذكر والأُنثى فيه سواء ، أو للذكر مثل حظّ الأُنثيين من الوصيّة؟ فوقّع عليه السلام : جائز للميّت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله»[9] .

---

(١) كالشيخ في المبسوط: الوصايا / فيما يجوز للوصي أن يصنعه ج ٤ ص ٦١ ـ ٦٢، والمقداد في التنقيح: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٣، والشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٨٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ولمدبّره.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٤٨.

(٤) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ١٠٢.

(٥) شرح الإرشاد: الوصايا / في الموصى له ص ٦٩ ـ ٧٠ (مخطوط).

(٦) غاية المرام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٣٦.

(٧) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٣ (الطبعة الحجرية).

(٨) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٨٩.

(٩) الكافي: الوصايا / باب من أوصى لقراباته ح ٢ ج ٧ ص ٤٥، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٢٤ ج ٩ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: باب ٦٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٤.

وفي الثاني : «... رجل أوصى لمواليه وموالي أبيه بثلث ماله ، فلم يبلغ ذلك؟ قال : المال لمواليه ، وسقط موالي أبيه»[١].

وإن ناقش في الاستدلال بهما في الرياض بـ«اشتراك لفظ المولى بين العبد وغيره ، فلعلّه المراد دون الأوّل ، ولا قرينة ترجّح إرادته ، بل لعلّ القرينة على خلافه واضحة ؛ لظهورها في إعطاء الثلث للموصى له ، بأن يسلّم إليه دون أن يعتق منه بحسابه»[٢].

وقد تدفع : بظهور «المولى» في العبد وخصوصاً في المقام ؛ ولذا أسقط الوصيّة في الثاني موالي أبيه . وأمّا الإعطاء له فهو وإن كان ظاهر الخبرين ذلك ، إلّا أنّه فسّره غيرهما بالعتق منه بحسابه كما ستعرف ، فلا بأس حينئذٍ بحمل ما فيهما عليه ، والأمر في ذلك سهل بعد عدم انحصار الدليل فيهما .

﴿و﴾ المراد بصحّة الوصيّة له : أنّه ﴿يعتبر ما أوصى[٣] به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أُعتق وكان الموصى به للورثة، وإن كانت قيمته أقلّ أُعطي الفاضل، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي﴾ .

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٤١ ج ٩ ص ٢٤٤، وسائل الشيعة: باب ٦٩ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٠٢.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٠.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: ما يوصي.

لكن قيّده المفيد[١] والشيخ في النهاية[٢] بل والقاضي[٣] والديلمي[٤] على ما حكي عنهما بـ ﴿ما لم يبلغ[٥] قيمته ضعف ما أوصى له به، فإن بلغت ذلك﴾ كما لو كانت قيمته مائتين والموصى بها له مائة ﴿بطلت الوصيّة﴾.

↑ ج ٢٨ / ٣٧١

أمّا لو كانت قيمته مائتين ـ مثلاً ـ والموصى به مائة وخمسين[٦]، ولكنّ الثلث ليس إلّا مائة، ففي المسالك: «سعى عندهم في قيمة نصفه، وهو مائة» نافياً عنه الخلاف[٧]؛ لعدم كون قيمته ضعف ما أوصى به له، وإن لم يصل ذلك إليه لقصور الثلث.

لكنّه قد يناقش: بأنّ المفروض في المقنعة[٨] والنهاية[٩] الوصيّة للعبد بالثلث، بل في السرائر: نسبة عبارة النهاية إلى الرواية[١٠]، بل لعلّ وجهه: اعتبار زيادة الحرّيّة على النصف بالوصيّة ولو يسيراً، كي يرجح ما فيه من الحرّيّة على الآخر فيستسعى، بخلاف ما إذا كانت قيمته ضعف ما أوصى له فما زاد، فإنّه لا يقتضي الوصيّة حينئذٍ إلّا النصف

---

(١) المقنعة: الوصيّة / باب وصيّة الإنسان لعبده ص ٦٧٦.

(٢) النهاية: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٣) المهذّب: الوصايا / باب ما صحّ من الوصايا ج ٢ ص ١٠٧.

(٤) المراسم: أحكام الوصيّة ص ٢٠٤ (ظاهره ذلك).

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: ما لم تبلغ.

(٦) في بعض النسخ: وخمسون.

(٧) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣.

(٨ و ٩) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(١٠) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٩.

فما دون فلا ترجيح ، فيبقى على أصالة عدم صحّة الوصيّة للعبد .

والأصل فيه : الرواية التي سمعتها عن السرائر ، بل لعلّ ذلك ظاهر المقنعة أيضاً ؛ لأنّه ذكر المسألة وغيرها ، ثمّ قال : «بهذا جاء الأثر عن آل محمّد عليهم‌السلام »[١] .

﴿وقيل﴾ والقائل والد الصدوق[٢] والشيخ في الخلاف[٣] والحلبي[٤] والحلّي[٥] : ﴿تصحّ﴾ الوصيّة مطلقاً ﴿ويسعى في الباقي كيف كان﴾ ففي الفرض يسعى في قيمة نصفه ـ أي مائة ـ ويتحرّر .

﴿وهو حسن﴾ بل الأقوى وفاقاً لمن عرفت ، بل المشهور[٦] ، بل عن الخلاف : الإجماع عليه[٧] .

مضافاً إلى إطلاق ما عن فقه الرضا عليه‌السلام بناءً على حجّيّته : «فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمة عادلة ، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضيلة»[٨] .

---

(١) المقنعة: الوصيّة / باب وصيّة الإنسان لعبده ص ٦٧٧.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٩.

(٣) الخلاف: الوصايا / مسألة ٤٨ ج ٤ ص ١٦٥.

(٤) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٥.

(٥) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٨.

(٦) نسبه إلى الشهرة في إيضاح النافع على ما نقله في مفتاح الكرامة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٣ ص ١٣١.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

(٨) فقه الرضا عليه‌السلام : باب ٥١ الوصيّة للميّت ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠، مستدرك الوسائل: باب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٩ ج ١٤ ص ٩٩.

وخبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام : «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله؟ قال : فقال : يقوّم المملوك بقيمة عادلة ، ثمّ ينظر ما ثلث الميّت ، فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعي العبد في ربع القيمة ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أُعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة»[1] بناءً على أنّ المراد بقوله : «بقدر ...» إلى آخره المثال لغيره ، لا خصوصه فما دون ؛ للإجماع على مساواة الثلث ونحوه ما لم يبلغ النصف في هذا الحكم.

↑ ج ٢٨ / ٣٧٢

ومن ذلك يظهر وجه الاستدلال بالخبر المزبور لكلّ من القولين ، فإنّ المفيد وأصحابه يجعلونه مثالاً لما لم يبلغ النصف من الأقلّ ممّا لا تزيد فيه الحرّيّة على النصف ؛ لأصالة بطلان الوصيّة للعبد.

والمشهور يجعلونه مثالاً لجميع أفراد الأقلّ ، ويشهد له : الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة ، وإطلاق الرضوي ... وغير ذلك ، كما يشهد للأوّل ما سمعته من المرسلة في السرائر وظاهر المقنعة.

ومن الغريب تقرير الكركي[2] وثاني الشهيدين[3] وغيرهما[4]

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ١ ج ٩ ص ٢١٦، الاستبصار: الوصايا / باب ٨١ من أوصى لمملوكه ح ١ ج ٤ ص ١٣٤، وسائل الشيعة: باب ٧٩ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤١٢.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧ ـ ٤٨.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٤.

(٤) كالبحراني في الحدائق: الوصايا / في الموصى له ج ٢٢ ص ٥٣٣ ـ ٥٣٤، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

الاستدلال للمفيد بالخبر المزبور بدلالة المفهوم، على معنى: أنّه لو لم يكن أقلّ بقدر الربع لايستسعى، وإنّما يتحقّق عدم الاستسعاء مع البطلان.

ثمّ اعترضوا عليه بـ«أنّ المفهوم إن لم يكن الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر الربع لا يستسعى في ربع القيمة، لا أنّه لا يستسعى مطلقاً، وهذا مفهوم صحيح لايفيد مطلوبهم، فلا ينافي القول بأنّه يستسعى بحسبه، فإن كان أقلّ بقدر الثلث يستسعى في الثلث، أو بقدر النصف يستسعى في النصف وهكذا».

«وأيضاً لو كان المفهوم الذي ذكروه صحيحاً لزم منه أنّه متى لم يكن الثلث أقلّ من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصيّة، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف أو أقلّ من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن أين خصّوا البطلان بما لو كانت القيمة قدر الضعف؟!».

بل قال في المسالك: «ما هذا إلّا عجب من مثل هذين الشيخين الجليلين».

ولا يخفى عليك أنّ مبنى استدلال المفيد ـ إن كان ـ هو ما عرفت من أنّ الأصل بطلان الوصيّة للعبد، والمتيقّن ممّا في الرواية كونه مثالاً للأقلّ من النصف ولو بقرينة ما عرفت، لا المفهوم المزبور الذي لا يكاد يخفى فساده على أصاغر الطلبة، وأمّا المناقشة في سند الخبر فيدفعها: اتّفاق الجميع على العمل به.

بقي الكلام في شيء: وهو أنّ الفاضل في المختلف وافق المشهور فيما إذا كانت الوصيّة بجزء مشاع من التركة كالثلث والربع والخمس ونحو ذلك، فإنّ العبد حينئذٍ يكون من جملته، فكأنّه قد أوصى بعتق جزء منه، فيعتق ويسري في الباقي ويدفع عنه من الوصيّة؛ لأنّه في قوّة الوصيّة بعتقه. بخلاف ما لو كانت بجزء معيّن كدار أو بستان، أو جزء مشاع منه كنصفهما، فإنّه تبطل الوصيّة؛ لعموم: «لا وصيّة لمملوك»[1]، ولعدم ما سمعته في المشاع فيه، ولأنّ تنفيذ الوصيّة بالمعيّن محال؛ لامتناع ملك العبد، والتخطّي إلى رقبته يقتضي تبديل الوصيّة[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٧٣

وفيه: ـ مع منافاته لإطلاق الأصحاب كما اعترف به في محكيّ التذكرة، بل فيها: أنّ كلمة الأصحاب متّفقة على عدم الفرق[3]، وكذا عن المهذّب[4]، بل وإطلاق الخبر المزبور؛ فإنّ الثلث فيه أعمّ من المشاع والمعيّن، بل لو سلّم إرادة الأوّل كان أعمّ أيضاً ممّا يشمل ثلث العبد وغيره، بل قد يدّعى أنّ المنساق من مثله الثاني ـ أنّه ليس ذلك مبنى الصحّة حتّى يختصّ بالمشاع؛ ضرورة عدم صحّة الوصيّة أيضاً للعبد بثلثه، فإنّه غير قابل لأن يملك غيره فضلاً عن أن يملك نفسه. وتنزيله على إرادة عتقه وفكّه للسراية بما أوصى له غير ظاهر من

---

(١) تقدّم في ص ٥٨٢.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ (الطبعة الحجرية) (بتصرّف).

(٤) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ١٠٥.

الوصيّة، ولو كان عدم قابليّة العبد للملك سبباً لتنزيل الوصيّة على ذلك لاتّجه ذلك في عبد الغير أيضاً، فضلاً عن الوصيّة لعبده المعيّن.

ومن هنا كان الظاهر أنّ الحكم المزبور مستفاد من الشارع، لا أنّه مستفاد من الموصي، بل لا يبعد تنزيله على ذلك حتّى لو علم قصد الموصي غيره، بل لعلّه هو الظاهر؛ ضرورة ظهور عبارته في إرادة تمليكه ما أوصى له به، لا فكّه به وعتقه منه.

ومن ذلك قلنا: إنّ الموافق للضوابط بطلان الوصيّة لولا الأدلّة الشرعيّة التي عرفتها، وقد سمعت أنّ مقتضاها عدم الفرق بين الجزء المشاع والمعيّن.

ومن الغريب قول بعضهم: إنّه ما أمتن تحقيق المختلف[1]، وأغرب منه عدم عضّه في المسالك على ذلك بضرس قاطع، بل هو ظاهر في التردّد والوسوسة، وإن كان قد عدّ ذلك تحقيقاً[2]، فلاحظ وتأمّل.

وعلى كلّ حال، فهل يحتاج إلى صيغة عتق في صورة زيادة الثلث على القيمة كما عساه يشعر به قوله: «أُعتق»، أو لا كما عساه يشعر به قوله في صورة القصور: «استسعي العبد في ربع القيمة» بناءً على عدم الفرق بينهما بالنسبة إلى ذلك، فيكون المراد حينئذٍ من قوله: «أُعتق» الانعتاق شرعاً؟ وجهان، أحوطهما الأوّل.

ثمّ إنّ ظاهر عبارة المصنّف وغيرها[3] عدم الفرق فيما ذكره من

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٣.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٥.

(٣) كإرشاد الأذهان: الوصايا / في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

ج ٢٨ / ٣٧٤

التقويم بين القنّ وغيره ، اللّهمّ إلّا أن يكون ما ذكره بقوله : «ويعتبر ما أوصى به لمملوكه...» إلى آخره راجعاً إلى الأوّل ، ولعلّ ذلك متعيّن ؛ ضرورة أنّه لا وجه لإجراء ما ذكره على المدبّر والمكاتب وأُمّ الولد ، خصوصاً بعد ذكره الأخير مستقلّاً ، والمدبّر غير محتاج إلى إعتاق ، بل ولا إلى ملاحظة مساواة الموصى به لقيمته وزيادته وقلّته [1] بحيث يبلغ قيمته الضعف على القول به ، بل هو بمجرّد موت السيّد يتحرّر ، فإن كان له مال أخذ ما يقابل الثلثين من ثلثه ، وإلّا سعى في ذلك .

ومن هنا يظهر : أنّه غير مندرج في الخبر المزبور الذي هو العمدة في إثبات صحّة الوصيّة للعبد بعد الإجماع كما اعترف به في المسالك [2] .

نعم ، قد يقال : إنّه أولى من القنّ الذي هو موضوع خبر الحسن بن صالح [3] على الظاهر ، مضافاً إلى ما سمعته من الإجماع المحكي ، فتصحّ الوصيّة حينئذٍ له وتصرف في فكّه ، أو تعطى له مع فكّه من غيرها كما سمعته في القنّ ، بل لعلّ ذلك أولى ؛ ضرورة كونهما وصيّتين له ، فيعتق حينئذٍ من الثلث وتدفع الوصيّة له ، كما في صورة زيادة الموصى به على قيمته ، فإنّه لا إشكال ولا خلاف في دفع الزيادة له .

ولا ينافي ذلك أنّ المراد بصحّة الوصيّة له صرفها في فكّه من الرقّ ؛

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: وثلثه.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٥.

(٣) تقدّم في ص ٧٧٩.

لإمكان كون ذلك حيث لا يكون سبب غيرها لحرّيّته، كالتدبير الذي هو ـ مع الوصيّة له ـ بمنزلة الوصيّة بعتقه ودفع الموصى به له من غير فرق بين تقدّمها على التدبير وتأخّرها عنه، وبين كون الوصيّة بالجزء المشاع والمعيّن.

واحتمال: بطلان التدبير فيما لو فرض تأخّر الوصيّة عنه وكانت بالجزء المشاع؛ باعتبار أنّها بمنزلة الوصيّة بعتقه الظاهرة في العدول عن التدبير.

وكذا احتمال: بطلان الوصيّة له لو فرض تأخّر التدبير عنها لنحو ذلك أيضاً.

واضح الضعف بل الفساد؛ ضرورة عدم انحلال ذلك إلى ماسمعت، بل لا يبعد تأكّد تدبيره بالوصيّة له بالجزء المشاع.

ولذا قال في القواعد: «لو أوصى لعبده برقبته، احتمل ضعيفاً: البطلان ـ لعدم قابليّة العبد ملك غيره فضلاً عن نفسه ـ والتدبير»[1]؛ حملاً للوصيّة على ذلك بتعذّر الحمل على الحقيقة، وفي جامع المقاصد: «أنّ عليه ـ أي الثاني ـ الفتوى»[2].

↑ ج ٢٨ / ٣٧٥

وإن كان قد يناقش في إرادة التدبير ـ الذي هو إنشاء عتق معلّق على الموت ـ من ذلك. اللّهمّ إلّا أن يريد حكم التدبير؛ على معنى: حصول الحرّيّة بالموت بعد فرض قيام الثلث بقيمته كما

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٥٣.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٨٢.

في المدبّر ، والله العالم .

وأمّا مكاتب السيّد فلا ريب في عدم شمول الخبر المزبور له ، ولعلّه لذا ـ أو لما عساه يشعر به النصوص السابقة من اعتبار صحّة الوصيّة للمكاتب بتحرّر بعضه ، حتّى في مكاتب الإنسان نفسه ـ قد يحتمل بطلان الوصيّة له كمكاتب الغير .

لكن لا ريب في ضعفه ، خصوصاً بعد ما سمعته من الإجماع المحكي ؛ إذ لو سلّم عدم شمول الخبر له فلا ريب في أولويّته من القنّ بذلك ، بل قد عرفت أنّ جماعة جوّزوا الوصيّة له إذا كان للغير ، وإن كان قد عرفت ما فيه .

إنّما الكلام في أنّ إعتاقه كالقنّ :

باعتبار قيمته وقيمة ما أوصى له به ، من غير ملاحظة لما وقعت الكتابة عليه زاد على ذلك أو نقص .

أو باعتبار : ما وقعت الكتابة عليه من غير ملاحظة لقيمته ، ويعطى حينئذٍ الوصيّة ، ويؤدّي منه ما عليه من مال الكتابة على حسب ما لو اكتسب .

أو باعتبار : أقلّ الأمرين منهما؟

وجوه ثلاثة ، قد اختار الأخير منها الفاضل في قواعده[1] والمحقّق الثاني[2] ؛ عملاً بكلّ من الدليلين ، فلا يلزم إلّا بالأقلّ ؛ للإجماع على

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٨٣ .

عدم وجوبهما معاً، كالإجماع على عدم التوزيع.

ولكن يقوى في النظر: الثاني منها؛ لما عرفت من عدم شمول خبر المقام له، وإنّما صحّحنا الوصيّة له بالأولويّة، والكتابة من العقود اللازمة التي لا تنفسخ بالموت، وحينئذٍ مالها كالدين في ذمّته يجب عليه أداؤها، ولا يقوم مقامها أداء قيمته ممّا أوصى له بعد فرض عدم شمول الدليل له.

على أنّ احتمال الإلزام بالأكثر ـ مراعاة لحقّ الورثة ـ مقابل لاحتمال الأقلّ، كما هو واضح.

بل قد يقال: إنّ فحوى ما سمعته في القنّ يقتضي صرف ما أوصى له في فكّ رقبته لو كان مشروطاً ولو بعضها، كما أنّه يقتضي صرف ما قابل الجزء المملوك من المطلق الذي تحرّر بعضه في فكّه أيضاً، وإن أُعطي ما قابل الجزء الحرّ من الوصيّة؛ ضرورة اندراجه في «المملوك» الشامل للكلّ والبعض. وحينئذٍ فمع فرض تحرّره بذلك يخرج عن موضوع الكتابة كما لو أعتقه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٣٧٦

﴿وإذا أوصى بعتق مملوكه﴾ ولم يكن عنده سواه ﴿و﴾ كان ﴿عليه دين﴾ يحيط بقيمته، بطلت وصيّته وبيع المملوك في الدين.

وإن لم يكن محيطاً به ﴿فـ﴾عند جماعة أنّه ﴿إن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرّتين أُعتق المملوك﴾ لنفوذ وصيّته في ثلثه، وهو هنا سدس العبد؛ فإنّ نصفه للدين وثلثي[1] النصف الثاني للوارث، فيبقى

(١) في بعض النسخ: وثلثا.

السدس ثلث الموصي ، فإذا انعتق السدس سرى في الجميع ﴿وسعى[1]﴾ العبد حينئذٍ ﴿في خمسة أسداس قيمته﴾ ثلاثة منها للدين ، وسدسان منها للورثة .

وكذلك لو كانت أزيد من المرّتين ، وإن نقص حينئذٍ مقدار ما يسعى به .

﴿وإن كانت قيمته أقلّ﴾ من الدين مرّتين أحاط بها أو لا ﴿بطلت الوصيّة بعتقه﴾ عند الشيخين[2] وابن البرّاج[3] وغيرهم[4]؛ لما تسمعه من النصوص الواردة في التنجيز الذي هو كالوصيّة في الحكم... وغير ذلك .

﴿و﴾ لكن مع هذا ﴿الوجه﴾ عند المصنّف وجماعة[5]: ﴿أنّ الدين يقدّم على الوصيّة، فيبدأ به﴾ إن كان له تركة غير العبد ، وإلّا كان في مقابلة بعض العبد ﴿ويعتق منه الثلث ممّا فضل عن الدين﴾ وإن قلّ ، ثمّ يسعى للدين والورثة .

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ويسعى.

(٢) المقنعة: الوصيّة / باب وصيّة الإنسان لعبده ص ٦٧٦ ـ ٦٧٧، النهاية: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٣) المهذّب: الوصايا / باب ما صحّ من الوصايا ج ٢ ص ١٠٨.

(٤) كالسبزواري في الكفاية: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥٠ ـ ٥١، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٥.

(٥) كابن إدريس في السرائر: الوصايا / باب الوصيّة و ما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٩، والعلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٢، والشهيد الأوّل في غاية المراد: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٢ ـ ٤٧٣، والشهيد الثاني في الروضة: الوصايا / في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٤١ ـ ٤٣.

قال الحلبي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن متّ فعبدي حرّ، وعلى الرجل دين؟ فقال: إن توفّي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن قد أحاط بثمن العبد استسعي في قضاء دين مولاه، وهو حرّ إذا أوفى»[1]. وعدم ذكر الورثة فيه للوضوح، وإلّا فالمراد سعيه في قضاء دين مولاه أوّلاً، ثمّ في حقّ الورثة.

وما يقال: من أنّ الصحيح المزبور في التدبير ـ وهو كالعتق المنجّز، فلا يستفاد منه حكم الوصيّة ـ يدفعه: ما دلّ[2] على أنّ التدبير كالوصيّة بالعتق.

ولا يتوهّم من عبارة المتن: أنّه لا ينعتق من العبد ما قابل الدين، بل الذي يعتق منه الثلث ممّا فضل عن الدين لا غير؛ ضرورة منافاته لما دلّ على سراية العتق.

ومن هنا صرّح به في القواعد[3] وغيرها[4] ـ بل لا أجد فيه خلافاً بين القائلين بذلك ـ قال فيها: «ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدّم الدين، فإن فضل من التركة ما يسعه ثلث قيمة العبد عتق، وإلّا عتق ما يحتمله ويسعى في الباقي، ولو لم يبق شيء بطلت، وقيل: إن كانت

(١) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب العتق وأحكامه ح ٣٤٥٣ ج ٣ ص ١١٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٧ ج ٩ ص ٢١٨، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٥٣.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب التدبير والمكاتبة ج ٢٣ ص ١١٨.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢ ص ٤٦٩.

(٤) كالسرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٩، وتحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨.

ج ٢٨ / ٢٧٧

قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة أسداس قيمته : ثلاثة للديّان وسهمان للورثة ، وإن كانت أقلّ بطلت» . وحينئذٍ فالخلاف في الصورة الثانية لا الأُولى .

هذا كلّه في الوصيّة .

﴿أمّا لو نجّز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرنا﴾ه[1] ﴿أوّلاً﴾ من السعي في الخمسة أسداس لو كانت القيمة بقدر الدين مرّتين ، والبطلان إذا كانت أقلّ من ذلك ﴿عملاً برواية عبد الرحمن﴾ بن الحجّاج ﴿عن أبي عبد الله عليه السلام﴾ قال :

«سألني أبو عبد الله عليه السلام : هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟» .

«فقلت : بلغني أنّه مات مولى لعيسى بن موسى ، وترك عليه ديناً كثيراً ، وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت ، فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستسعيهم في قيمتهم فيدفعها إلى الغرماء ؛ فإنّه قد أعتقهم عند موته» .

«وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنّه ليس له أن يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير ، فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير» .

«فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى ، متى قلت هذا القول؟! والله ما قلته إلّا طلب خلافي» .

---

(١) جعلت جزءً من متن نسخة المسالك.

«فقال أبو عبد الله عليه السلام: وعن رأي أيّهما صدر؟ قال: قلت: بلغني أنّه أخذ برأي ابن أبي ليلى، وكان له في ذلك هوى، فباعهم وقضى دينه».

«قال: فمع أيّهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمة، وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك».

«فقال: أما والله إنّ الحقّ لفي الذي قال ابن أبي ليلى وإن كان قد رجع عنه».

«فقلت له: هذا ينكسر عندهم في القياس، فقال: هات قايسني، فقلت: أنا أُقايسك؟! فقال: لتقولنّ بأشدّ ما يدخل فيه من القياس».

«فقلت له: رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره، وقيمة العبد ستّمائة درهم، ودينه خمسمائة درهم، فأعتقه عند الموت، كيف يصنع؟ قال: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم، ويأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم من دينه؟ فقال: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إنّ العبد لا وصيّة له، إنّما أمواله لمواليه».

↑ ج ٢٨ / ٣٧٨

«فقلت له: فإن كان قيمة العبد ستّمائة درهم ودينه أربعمائة؟ قال: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ويأخذ الورثة مائتين، ولا يكون للعبد شيء».

«قلت له: فإن كان قيمة العبد ستّمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم؟

فضحك وقال: من هاهنا أُتي أصحابك، جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنّة، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء، لم يتّهم الرجل على وصيّته وأُجيزت وصيّته على وجهها، فالآن يوقف هذا، فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس»[١].

وصحيح زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين؟ قال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه، وإلّا لم يجز»[٢].

وفي صحيح آخر: «إذا ملك المملوك سدسه استسعي...»[٣].

إلى غير ذلك من النصوص التي لا محيص عن العمل بها بعد جمعها لشرائط الحجّيّة من حيث السند والدلالة والعمل، فلا بأس حينئذٍ بتخصيص العمومات بها ولو كانت قطعيّة. ودعوى: إعراض المشهور عنها ممنوعة على مدّعيها.

فما وقع من الفاضل[٤] وغيره[٥]: من طرحها والرجوع إلى

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أعتق وعليه دين ح ١ ج ٧ ص ٢٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٤ ج ٩ ص ٢١٧، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ٥ ج١٩ ص ٣٥٤.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٢٧، و«التهذيب»: ح ٦ ص ٢١٨، و«الوسائل»: ح ٦ (مع ذيله) ص ٣٥٦.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٥ الإقرار في المرض ح ٣٥ ج ٩ ص ١٦٩، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٥٣.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

ما تقتضيه القواعد العامّة من نفوذ العتق في ثلث الزائد عن الدين مطلقاً، واضح الضعف.

وأضعف منه ما عن الحلّي: من نفوذ العتق من الأصل وسقوط الدين من رأس[١]. ولعلّه مبنيّ على كون المنجّز من الأصل، الذي قد عرفت ضعفه في كتاب الحجر[٢].

إنّما الكلام هنا: في إلحاق الوصيّة بالعتق المنجّز في الحكم المزبور، وقد عرفت من جماعة إلحاقه، بل حكي[٣] عن جميع العاملين بالنصوص المزبورة في العتق عدا المصنّف.

ولعلّه لإطلاق الصحيح الأخير، ومعلوميّة اتّحاد المنجّز مع الوصيّة ـ بناءً على خروجهما من الثلث ـ في أكثر الأحكام، بل ربّما احتمل[٤] عموم «أعتقهم» لهما معاً أو اختصاصها بالوصيّة، خصوصاً بعد قوله في الذيل: «لم يتّهم الرجل على وصيّته وأُجيزت وصيّته على وجهها».

ومع الإغضاء عن ذلك فلا ريب في ظهور سياقها فيه، مضافاً إلى أولويّتها من المنجّز بالحكم المزبور؛ ضرورة كونه أقوى منها ـ حتّى قيل[٥]: إنّه من الأصل، بخلافها ـ ومع ذلك بطل إذا نقص عن مقابلة الدين مرّتين، فهي أولى منه قطعاً.

ومن ذلك وغيره يتّجه تخصيص العمومات وصحيح التدبير السابق

↑ ج ٢٨ / ٣٧٩

---

(١) السرائر: الوصايا / باب الوصيّة وما يصحّ منها ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) في ج ٢٧ ص ١٢٣...

(٣) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٤) كما في كفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى له ج ٢ ص ٥١.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام المعنويّة ج ٢٣ ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤.

بذلك، على أنّه قد احتمل [١] حمله على التقيّة؛ لأنّه مذهب العامّة في تلك الأزمنة كما يستفاد من سياق تلك الصحيحة، والله العالم.

﴿ولو أوصى لمكاتب غيره المطلق، و﴾ كان ﴿قد أدّى بعض مكاتبته [٢]، كان له من الوصيّة بمقدار [٣] ما أدّاه﴾ لأنّها تصحّ له على قدر ما تحرّر منه، إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، كما عرفت الكلام فيه سابقاً وفيما لو أوصى للجزء الحرّ منه أيضاً، فلاحظ وتأمّل.

لكن لو قلنا بصحّة الوصيّة للجزء الحرّ، فهل تكون أيضاً على نسبته أو يملك الكلّ به؟ وجهان، أقواهما الثاني، والله العالم.

﴿ولو أوصى الإنسان لأمّ ولده، صحّت الوصيّة من الثلث﴾ بلا خلاف ـ كما اعترف به غير واحد [٤] ـ ولا إشكال.

﴿و﴾ إنّما الكلام: في أنّها ﴿هل تعتق من الوصيّة﴾ إذا وفت بقيمتها ﴿أو من نصيب ولدها﴾ أو على التخيير بينهما، أو من ثلث الميّت غير ما أوصى به؟

﴿قيل﴾ والقائل جماعة منهم الكركي في جامعه [٥]: ﴿تعتق من

---

(١) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٨.

(٢) في نسخة الشرائع: مكاتبة.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: بقدر.

(٤) كالشيخ في المبسوط: الوصايا / فيما يجوز للوصي أن يصنعه ج ٤ ص ٦٢، والكركي في جامع المقاصد: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٥٤، والشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١١٣٣ ج ٣ ص ٢٢٩.

(٥) جامع المقاصد: (انظره في الهامش السابق).

نصيب ولدها وتكون لها الوصيّة﴾.

﴿وقيل﴾ والقائل أيضاً جماعة منهم المصنّف في باب الاستيلاد[١]: ﴿بل تعتق[٢] من الوصيّة﴾ بل عن المهذّب نسبته إلى الشهرة[٣] ﴿لأنّه لا ميراث إلّا بعد الوصيّة﴾ وفي الرياض: «أنّه وسابقه قولان مشهوران»[٤]، وفي غيره: «متكافئان»[٥].

وقيل والقائل الصدوق فيما حكي عنه: تعتق من ثلث الميّت، وتعطى ما أوصى لها به[٦].

وقيل والقائل الإسكافي: يخيّر في عتقها بينهما[٧]؛ عملاً بكلّ من الدليلين، بعد الإجماع على عدم التوزيع بينهما.

والأقوى في النظر منها: الثاني؛ لعموم ما دلّ عليه من النصّ وغيره، مضافاً إلى قاعدة انعتاق الأبوين بحصول سبب ملك الولد لهما، ولا ريب في تحقّقه هنا؛ باعتبار ملك الوارث التركة بموت الموروث، وهي من التركة قطعاً حتّى لو قلنا بكون الثلث الموصى به على حكم مال الميّت، ولا يدخل في ملك الوارث إلّا الثلثان؛ ضرورة كونها منهما

---

(١) شرائع الإسلام: الاستيلاد / في الأحكام ج ٣ ص ١٣٩.

(٢) في نسخة الشرائع: يعتق.

(٣) المهذّب البارع: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ١٠٩.

(٤) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٢٩٩.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٩.

(٦) استفيد من روايته لذلك. انظر من لا يحضره الفقيه: الوصايا / باب الوصيّة للمكاتب ح ٥٥٠٧ ج ٤ ص ٢١٦.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٣.

دونه، ومجرّد الوصيّة لها لا يخرجها عن ذلك.

واحتمال[1]: تنزيلها منزلة ما لو أوصى بعتقها، فتكون منه دونهما.

ج ٢٨ / ٣٨٠

يدفعه: منع ذلك أوّلاً.

وثانياً: أنّه لا يجدي فيما لو فرض زيادة قيمتها على ما أُوصي به لها، فإنّه لا إشكال حينئذٍ في كون الزائد تركة للورثة، فيدخل جزء منها في ملك الولد وينعتق عليه ويسري في الغير، ويتمّ ذلك بعدم القول بالفصل، مضافاً إلى إطلاق النصوص جعلها في نصيب ولدها.

واحتمال: دفع قيمتها ممّا أُوصي به لها وإن انعتقت على الولد بملك جزء منها، وجعل الباقي في نصيبه.

يدفعه أيضاً: معلوميّة اقتضاء جعلها في نصيب ولدها الانعتاق على الولد، وأنّ الغرامة عليه.

وبذلك كلّه يظهر لك ضعف الأقوال جميعها، وإن شهد للثالث منها: المرسل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «في أُمّ الولد إذا مات عنها مولاها وقد أوصى لها؟ قال: تعتق من الثلث ولها الوصيّة»[2].

وصحيح أبي عبيدة ـ المروي في الكافي[3] وغيره[4] ـ قال: «سألت

---

(١) كما في مختلف الشيعة: (المصدر السابق: ص ٣٧٥).

(٢) الكافي: الوصايا / باب الوصيّة لأُمّهات الأولاد ح ٣ ج ٧ ص ٢٩. تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢٩ ج ٩ ص ٢٢٤. وسائل الشيعة: باب ٨٢ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٤١٦.

(٣) الهامش السابق: ح ٤.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣٠.

أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل كانت له أُمّ ولد، وله منها غلام، فلمّا حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقّوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميّت وتعطى ما أوصى لها به. وفي كتاب العبّاس: تعتق من نصيب ابنها، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به»[١].

وكأنّ المراد: أنّه قد روي الخبر المزبور في كتاب العبّاس على هذا النحو، وحينئذٍ يكون نصّاً في المختار، بخلافه على النحو الأوّل، فإنّه يكون مهجوراً معرضاً عنه بين الأصحاب، بل لم أجد عاملاً به عدا ما يحكى عن الصدوق، بل عن التنقيح: الإجماع على عدم العمل به[٢].

مع أنّه محتمل لأُمّ الولد التي قد مات ولدها، كما في خبر أحمد بن محمّد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال: «نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام: فلان مولاك توفّي ابن أخ له، وترك أُمّ ولد له ليس لها ولد، فأوصى لها بألف درهم[٣]، هل تجوز الوصيّة؟ وهل يقع عليها عتق؟ وما حالها، رأيك فدتك نفسي؟ فكتب عليه السلام: تعتق من[٤] الثلث، ولها الوصيّة»[٥].

ج ٢٨ / ٣٨١

(١) وسائل الشيعة: باب ٨٢ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٤١٦.

(٢) التنقيح الرائع: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٩.

(٣) ليست في بعض المصادر والنسخ.

(٤) في بعض المصادر والنسخ بدلها: في.

(٥) الكافي: الوصايا / باب الوصيّة لأُمّهات الأولاد ح ١ ج ٧ ص ٢٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٢٧ ج ٩ ص ٢٢٤، وسائل الشيعة: باب ٨٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤١٥.

وإن كان هو على هذا التقدير محتاجاً إلى التأويل ؛ لما عرفته من حكم الوصيّة للمملوك الذي منه أُمّ الولد مع فرض موت ولدها في حياة سيّدها قطعاً ، فلابدّ من تأويله : بإرادة «العتق من الوصيّة» من العتق من الثلث ، وتعطى ما فضل منها على تقدير الزيادة ، أو بإرادة عتقها في مرض الموت ثمّ أُوصي لها ... أو بغير ذلك ، هذا .

وفي الرياض ـ بعد أن ذكر الرواية مستدلاًّ بها للقول الثالث ، ثمّ حكى الإجماع على الإعراض عنها ، وأنّه لابدّ من تأويلها بأحد الأمرين ـ قال : «لكن يرجّح حملها على الأوّل : دلالة مقابلتها برواية العبّاس التي هي في آخرها مذكورة على كون موردهما واحداً ، ولا ريب في أنّه في الثانية هو أُمّ الولد التي لم تعتق بالكلّيّة ، فليكن مورد الأُولى أيضاً تلك الجارية» .

«مضافاً إلى شيوع إطلاق الثلث على الوصيّة ، مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأوّل من انعتاقها من الثلث ، وهذا ـ إن لم نقل بكونه ظاهراً من الرواية ـ ليس ببعيد ، كبعد الحمل الآخر بلا شبهة ، فيمكن بملاحظة الإجماع وقرينة المقابلة أخذها للقول بالانعتاق من الوصيّة حجّة ، كما هو ظاهر المفاتيح وصريح الكفاية ، فإذاً هو في غاية القوّة»[1] .

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

قلت: قد عرفت أنّه في غاية الضعف، والخبر ـ بعد تسليم ما ذكره فيه ـ من المأوّل الذي لا يكون حجّة.

والمقابلة التي ذكرها هي ليس[1] في الخبر حتّى تصلح لأن تكون قرينة، بل هي من الكافي[2]، لا أنّها كذلك في الخبر نفسه، كما هو واضح.

نعم، ما في كتاب العبّاس ـ على ما عرفت ـ دليل تامّ على المطلوب.

وأمّا التخيير ففيه: أنّه لا وجه له فيما كان من القهريّات؛ فإنّ الانعتاق القهري الذي يكون على الولد لا وجه للتخيير فيه. بل وكذا على تقدير الانعتاق من الوصيّة بناءً على أنّه مثل الانعتاق من الولد؛ بمعنى: ينعتق منها ما قابل الموصى به بموت الموصي من غير حاجة إلى صيغة، وإن كان هو مشكلاً؛ لعدم دليل يصلح لذلك، والله العالم.

﴿وإطلاق الوصيّة﴾ لجماعة محصورة ﴿يقتضي التسوية﴾ ما بينهم من غير فرق بين القريب والبعيد، والذكر والأُنثى، والفاضل في الإرث وغيره، بلا خلاف[3] ولا إشكال؛ للتساوي في سبب الملك، فهم كالمشتركين في الحيازة مثلاً.

---

(١) في بعض النسخ: ليست.

(٢) تقدّم تخريج المصدر عند نقل الخبر في ص ٧٩٥.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣١، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٢ ص ٥٤٥.

↑ ج ٢٨ / ٣٨٢

بل الظاهر عدم اعتبار قصد الموصي في ذلك . نعم ، يعتبر فيه عدم قصد الخلاف ، فالتسوية المزبورة حينئذٍ شرعيّة .

واحتمال بطلان الوصيّة ـ لعدم قصد الموصي تشخيص الملك للموصى له ـ يدفعه : أنّه خلاف مقتضى عموم الكتاب والسنّة ومعقد الإجماع ، مضافاً إلى خصوص الفتوى به هنا على وجهٍ لم يظهر فيه خلاف .

نعم ، لو لم تكن الجماعة محصورة كان المراد من الوصيّة الصرف فيهم ، كما في كلّ موصى له غير محصور ، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظة أقلّ مصداقه في الامتثال ، وإن كان هو الأحوط .

وكيف كان ﴿فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث، فهم[1] سواء، وكذا لأخواله وخالاته، أو لأعمامه وعمّاته، وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه كانوا سواء على الأصحّ﴾ لما عرفت .

خلافاً للمحكي[2] عن الشيخ وجماعة ـ وإن لم أتحقّق ذلك[3] ـ : فكالإرث .

ولا ريب في ضعفه ، بل عن ظاهر التذكرة : الإجماع على خلافه[4]

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: فيه.

(٢ و٣) حكى ذلك في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣١، وانظر النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥٦ ـ ١٥٧، ونقله الشهيد عن ابن الجنيد، انظر الدروس: الوصيّة / درس ١٧٦ ج ٢ ص ٣٠٩، ونقله العلّامة عن ابن البرّاج، انظر المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٤، وهو ظاهر الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٩، ولم يستبعده في كفاية الأحكام: الوصيّة / في الموصى له ج ٢ ص ٥٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٥ (الطبعة الحجرية).

﴿و﴾ إن كان ﴿فيه رواية﴾ صحيحة، لكنّها ﴿مهجورة﴾ وهي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: «في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله؟ فقال: لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث»[١].

وقد حملت[٢] أيضاً: على ما لو أوصى بذلك على كتاب الله.

وكذا الخبر الآخر الضعيف المقتضي لقسمة الوصيّة للأولاد بين الذكور والإناث على كتاب الله[٣]. وفي المسالك: «لم يعمل به أحد»[٤].

هذا كلّه إذا أطلق في الوصيّة.

﴿أمّا إذا[٥] نصّ على التفضيل اتّبع﴾ لعموم: «من بدّله...»[٦] وما دلّ على إنفاذ الوصيّة على حسب ما أوصى به الموصي[٧].

﴿وإذا[٨] أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه؛ مصيراً إلى العرف﴾ كما هو الضابط في كلّ لفظ.

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى لقراباته ح ٣ ج ٧ ص ٤٥، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٢٢ ج ٩ ص ٢١٤، وسائل الشيعة: باب ٦٢ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٩٣.

(٢) كما في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٤.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١، و«التهذيب»: ح ٢٣، ووسائل الشيعة: باب ٦٤ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٩٥.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣١.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: لو.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

(٨) في نسخة المسالك: ولو.

قال محمّد بن أبي نصر: «نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه‌السلام: رجل أوصى لقرابته بألف درهم، وله قرابة من قبل أبيه واُمّه، ما حدّ القرابة، يعطى من كان بينه وبينه قرابة، أو لها حدّ ينتهي إليه، فرأيك فدتك نفسي؟ فكتب عليه‌السلام: إن لم يسمّ أعطاها قرابته»[1].

↑ ج ٢٨ / ٣٨٣

وكذا عن الحميري، إلّا أنّه قال: «اُعطي أهل بيت[2] قرابته»[3].

من غير فرق بين الوارث وغيره، والمسلم والكافر، والذكر والاُنثى، والفقير والغني، كما أنّه لا فرق في انصراف الوصيّة إلى الموجود منهم سواء اتّحد أو تعدّد، وسواء ذكرهم في الوصيّة بصيغة الجمع أو الإفراد.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[4] على ما حكي عنه: ﴿كان﴾ أي الموصى به ﴿لمن يتقرّب إليه إلى[5] آخر أب واُمّ له في الإسلام﴾ بمعنى الارتقاء بالقرابة من الأدنى إليه إلى ما قبله... وهكذا إلى أبعد جدّ في الإسلام وفروعه، ويحكم للجميع بالقرابة، ولا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابةٍ عرفاً.

وهو عجيب، وأعجب منه: الاستدلال له بقوله صلى‌الله‌عليه‌وآله: «قطع الإسلام

---

(١) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٦ الوصيّة المبهمة ح ٢٥ ج ٩ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: باب ٦٨ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٠١.

(٢) هذه الكلمة ليست في المصدر.

(٣) قرب الاسناد: ح ١٣٦٢ ص ٣٨٨، وانظر ذيل مصدر «الوسائل» في الهامش قبل السابق.

(٤) النهاية: الوصايا / باب الوصيّة المبهمة ج ٣ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٥) ليست في نسخة الشرائع، وفي نسخة المسالك بدلها: بـ.

أرحام الجاهليّة»[١]، وقوله تعالى لنوح عن ابنه: «إنّه ليس من أهلك»[٢].

وهما ـ كما ترى ـ لا يدلّان على تمام المطلوب، بل ولا على شيء منه؛ ضرورة كون المدار هنا على صدق اللفظ، ولا ريب فيه لغةً وعرفاً على المعروفين بنسبه وإن كانوا كفّاراً، إلّا أن تكون هناك قرينة على إرادة المسلم، نحو ما ذكروه في الفقراء، كما أنّه لا ريب في عدم صدقه على البعيد بحيث لا يعرف بنسبه وإن كان مسلماً، ومن هنا قال المصنّف: ﴿وهو غير مستند إلى شاهد﴾.

وأمّا ما يحكى عن الإسكافي من «أنّي لا أختار أن يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يتجاوزه في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس»[٣].

فقد يدفعه: العرف أيضاً، وفعل النبيّ صلى الله عليه وآله لا يدلّ على نفي القرابة مطلقاً عمّا عداه؛ فإنّ ذلك معنى آخر للقربى.

وأضعف منه: القول باختصاص القرابة بالوارث دون غيره، والقول باختصاصها بالمحرم من ذوي الأرحام دون غيرهم، كبني الأعمام والأخوال، مع أنّهما مجهولا القائلين، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٣٨٤

﴿ولو أوصى لقومه، قيل﴾ والقائل الشيخان وأكثر الأصحاب في

(١) بحار الأنوار: جوامع الحقوق / باب ٣ ذيل ح ٧٠ ج ٧١ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٢) سورة هود: الآية ٤٦.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٩.

المسالك[١] والمشهور في غيرها[٢]: ﴿هو لـ﴾لذكور من ﴿أهل لغته﴾ أو مطلقاً ذكوراً وإناثاً.

وهو ـ كما ترى ـ يشهد العرف بخلافه، ولعلّه لذلك نسبه المصنّف إلى القيل.

بل عن ابن إدريس: أنّهم الرجال من قبيلته ممّن ينطق العرف بأنّهم أهله وعشيرته دون من سواهم، وعليه قول الشاعر:

قومي هم قتلوا أُمَيم أخي فإذا رميت يصيبني سهمي[٣][٤]

ولا بأس به وإن سلّمنا كونه في اللغة لما ذكروه، والله العالم.

﴿ولو قال: لأهل بيته، دخل فيهم الآباء والأولاد[٥]﴾ وإن نزلوا ﴿والأجداد﴾ وإن علوا قطعاً، بل الظاهر دخول الأعمام وأولادهم، بل عن تذكرة الفاضل تفسيره: بالقرابة التي يدخل فيها الأخوال وفروعهم، وحكى عن ثعلب أنّه قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم، كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكور والإناث[٦].

وفي المسالك: «ما اختاره العلّامة من مساواة أهل البيت للقرابة هو

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٣.

(٢) كجامع المقاصد في موضع منها، انظره: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٧٠.

(٣) جامع الشواهد: ج ٢ ص ٣٠٠.

(٤) السرائر: كتاب الوقوف ج ٣ ص ١٦٤.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: فيهم الأولاد والآباء.

(٦) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٧ (الطبعة الحجرية).

الظاهر في الاستعمال، يقال: الفلانيّون أهل البيت في النسب معروفون، وعليه جرى قوله صلى الله عليه وآله: إنّا أهل بيت لا تحلّ لنا الصدقة [١]» [٢].

قلت: هو جيّد، لكن قد يمنع شموله للأخوال والخالات وفروعهم، ونعم ما سمعته من ثعلب.

كما أنّه لا إشكال في عدم كونه ما في المتن خاصّة، وإلّا لخرج أمير المؤمنين عليه السلام عن أهل بيت النبيّ صلى الله عليه وآله، وهو باطل إجماعاً كما في المسالك [٣].

وعلى كلّ حال، فالأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصي، ومع انتفائه يدخل كلّ قريب، وأمّا أهل بيت النبيّ صلى الله عليه وآله فإنّهم أخصّ من ذلك بالرواية الواردة عنه صلى الله عليه وآله في حصرهم في أهل الكساء [٤]، والله العالم.

ج ٢٨ / ٣٨٥

﴿ولو قال: لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه﴾ عند جماعة من الأصحاب [٥]، ففي محكيّ القاموس: «عشيرة الرجل:

---

(١) عيون أخبار الرضا عليه السلام: باب ٣١ ح ٣٢ ج ٢ ص ٢٩، وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب المستحقّين للزكاة ح ٦ ج ٩ ص ٢٧٠.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٣٤.

(٤) مسند أحمد: ج ٤ ص ١٠٧، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ٤١٦، السنن الكبرى (للنسائي): ح ٨٤٠٩ ج ٥ ص ١١٢، نظم درر السمطين: ص ١٣٣، مسند أبي يعلى: ح ٦٨٨٨ ج ١٢ ص ٣١٣.

(٥) كالمفيد في المقنعة: الوقوف / باب الوقوف ص ٦٥٥، والشيخ في النهاية: الوقوف / باب الوقوف ج ٣ ص ١٢٦، وابن إدريس في السرائر: كتاب الوقوف ج ٣ ص ١٦٤، والعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في الموصى له ج ١ ص ٤٥٩.

بنو أبيه الأدنون»[١]، وعن الفاضل: «أنّ العشيرة هي القرابة مطلقاً»[٢]، وفي المسالك: «الأجود الرجوع إلى العرف، ومع انتفائه فالعموم حسن»[٣].

قلت: لكنّ الظاهر تحقّق العرف في القبيلة، لا خصوص الأقرب ولا مطلق القرابة، والله العالم.

﴿ولو قال: لجيرانه﴾ كان للقريبين منه، وفي المتن: ﴿قيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كلّ جانب، وفيه قول آخر مستبعد﴾ وهو من يلي داره إلى أربعين داراً، وإن كان فيه روايات من الطريقين، إلّا أنّه مخالف للعرف، كما أنّ التحديد بالأربعين ذراعاً لم نقف له على شاهد.

فالأولى: جعل المدار على العرف، والمشكوك فيه خارج، وتمام البحث في ذلك في باب الوقف.

﴿وتصحّ الوصيّة للحمل الموجود﴾ حال الوصيّة، وإن لم يكن قد حلّته الحياة، بلا خلاف أجده فيه[٤]؛ لعموم ما دلّ على جوازها ﴿و﴾ لكن لا ﴿تستقرّ﴾ إلّا ﴿بانفصاله حيّاً﴾ كالإرث.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو وضعته ميّتاً بطلت الوصيّة﴾ بمعنى: ظهور

---

(١) القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٢٨ (عشر).

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٤٥١، تحرير الأحكام: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٢.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٥.

(٤) كما في الحدائق الناضرة: الوصايا / في الموصى له ج ٢٢ ص ٥٥١.

بطلانها، وإن كان قد حلّته الحياة في بطن أُمّه، كظهور الصحّة لو انفصل حيّاً، فالنماء المتخلّل يتبع العين في ذلك.

﴿ولو وقع حيّاً ثمّ مات﴾ استقرّت و﴿كانت الوصيّة لورثته﴾ لكن في المسالك: «يعتبر هنا قبول الوارث؛ لإمكانه في حقّه، وإنّما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذّره، كما سقط اعتباره في الوصيّة للجهات العامّة ـ إلى أن قال: ـ والمتّجه اعتبار القبول في الوصيّة للحمل مطلقاً، فيقبله وليّه ابتداءً ووارثه هنا، وتظهر الفائدة فيما لو ردّها الوارث قبل قبوله، فإن اعتبرناه بطلت، وإلّا فلا أثر للردّ»[1].

والذي يقوى في النظر: عدم الاحتياج إلى القبول في الوصيّة للحمل، بل الظاهر عدم الولي له وهو حمل بحيث يقبل عنه الهبة والبيع وغيرهما، خصوصاً قبل ولوج الروح.

واحتمال: كون المراد قبول وليّه بعد الولادة، يدفعه: أنّه خلاف ظاهر الفتاوى المتضمّنة استقرار الوصيّة بانفصاله حيّاً.

↑ ج ٢٨ ٣٨٦

وحينئذٍ فلا يحتاج وارثه إلى قبول؛ ضرورة كون ملكه بالإرث للحمل لا بالوصيّة، والله العالم.

﴿ولو[2] أوصى المسلم للفقراء﴾ مثلاً ﴿كان لفقراء ملّته﴾ عرفاً في الوصيّة ونحوها، وإن كان اللفظ للأعمّ من ذلك لغةً وعرفاً في غيرها ﴿ولو كان﴾ الموصي ﴿كافراً انصرف إلى فقراء نحلته﴾

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٦.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: وإذا.

لذلك أيضاً.

قال أبو طالب عبد الله بن الصلت: «كتب الخليل بن هاشم إلى ذي الرئاستين ـ وهو والي نيسابور ـ: إنّ رجلاً من المجوس مات وأوصى للفقراء بشيء من ماله، فأخذه قاضي نيسابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذي الرئاستين بذلك، فسأل المأمون عن ذلك فقال: ليس عندي في هذا شيء، فسأل أبا الحسن عليه السلام، فقال أبو الحسن عليه السلام: إنّ المجوسي لم يوص لفقراء المسلمين، ولكن ينبغي أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة، فيردّ على فقراء المجوس»[1]. ونحوه غيره.

بل لا يبعد تنزيل اللفظ على خصوص المذهب، فالإمامي من المسلمين لفقراء الإماميّة... وهكذا.

بقي شيء ينبغي التنبيه عليه: وهو أنّه قد عرفت عدم صحّة الوصيّة للمعدوم، والمنساق منه معدوم الذات، وهل مثله معدوم الوصف؛ بمعنى: عدم تلبّسه بالوصف حال الوصف[2] ثمّ تجدّد له ذلك في حياة الموصي أو بعده؟ يحتمل ذلك، فلا يعطى الفقير بعد الوصيّة ولا الجار كذلك ولا غيرهم؟ وجهان[3]، أقواهما الصحّة مع إرادة العنوان؛ لعموم:

---

(١) الكافي: الوصايا / باب (بعد بابين من باب: إنفاذ الوصيّة على وجهها) ح ١ ج ٧ ص ١٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٣ الوصيّة لأهل الضلال ح ٤ ج ٩ ص ٢٠٢، وسائل الشيعة: باب ٣٤ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٤٢.

(٢) في بعض النسخ بدلها: الوصيّة.

(٣) في النفس شيء من ترتيب العبارة.

«من بدّله»[١] وغيره، والله العالم.

﴿ولو أوصى لإنسان فمات قبل الموصي، قيل: بطلت الوصيّة، وقيل: إن رجع الموصي بطلت الوصيّة سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده، وإن لم يرجع كانت الوصيّة لورثة الموصى له، وهو أشهر الروايتين﴾ بل هو المختار كما عرفته سابقاً[٢].

ج ٢٨ / ٣٨٧

نعم، في المسالك: «والفرق بين هذه وبين السابقة: أنّ السابقة تضمّنت كون وارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله، وليس فيها تعرّض لملك الموصى به وعدمه، والغرض من هذه بيان أنّ الموصى به ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه إن لم يرجع الموصي عن الوصيّة ـ على خلاف فيه ـ سواء كان مورّثه قد قبل الوصيّة قبل موت الموصي أم لا».

«فلو فرض أنّه قبِل الوصيّة في حياة الموصي ثمّ مات في حياته، واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصي، لم يفتقر وارثه إلى القبول، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصيّة وعدمه، وهو المقصود بالبحث هنا، وإن لم يكن قد قبِل انتقل إلى الوارث حقّ القبول، وهو المستفاد من السابقة، ومعه يملك الموصى به على الخلاف، وهو المذكور هنا»[٣].

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٢) في ص ٥٥١ ...

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٧.

لكن قد عرفت هناك ما يعرف منه التحقيق فيما هنا أيضاً، فلاحظ وتأمّل.

﴿ولو لم يخلّف الموصى له أحداً، رجعت﴾ الوصيّة ﴿إلى ورثة الموصي﴾ عند جماعة من الأصحاب[1]، كما تقدّم أيضاً تحقيق ذلك كلّه[2]؛ حتّى في قيام الوارث العامّ مقامه ـ كالوارث الخاصّ ـ وعدمه، سيّما إذا مات الموصى له بعد القبول قبل الموصي وقلنا باعتبار قبوله حال الحياة؛ فإنّ المتّجه انتقال الموصى به إليه، فلاحظ وتأمّل.

﴿ولو قال: أعطوا فلاناً كذا، ولم يبيّن الوجه، وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء﴾ لأنّ الوصيّة تقتضي تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من الملّاك على أملاكهم، كما أنّه لو عيّن الصرف في جهة خاصّة، فقال: «أعطوه كذا لبناء مسجد» مثلاً، تعيّن عليه صرفه فيها؛ للنهي عن تبديل الوصيّة[3]، فلو صرفه في غيرها ضمن ولزمه إعطاء عوضه وصرفه في الوجه المعيّن.

﴿ولو أوصى في سبيل الله، صرف إلى ما فيه أجر، وقيل: يختصّ بالغزاة، والأوّل أشبه﴾ وإن كان الثاني أحوط، كما بيّنّا ذلك

(١) منهم الماتن في المختصر النافع: الوصايا / الفصل الثالث ص ١٦٤، والعلّامة في التحرير: الوصايا / في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٤، والسبزواري في الكفاية: الوصيّة / في الموصى له ج ٢ ص ٥٣، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في الموصى له ج ١٠ ص ٣١١.

(٢) في ص ٥٥٨...

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨١، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

في باب الزكاة[١].

ولو أوصى بثلثه ولم يبيّن الوجه صرف في وجوه البرّ.

﴿ويستحبّ[٢] الوصيّة لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره﴾

↑ ج ٢٨ / ٣٨٨

بلا خلاف[٣] فيه عندنا نصّاً وفتوى، بل في خبر السكوني عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام: «من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممّن لا يرثه، فقد ختم عمله بمعصية»[٤].

وقالت سالمة مولاة أبي عبد الله عليه السلام: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام حين حضرته الوفاة، فأُغمي عليه، فلمّا أفاق قال: أعطوا الحسن بن عليّ بن الحسين ـ وهو الأفطس ـ سبعين ديناراً، وأعطوا فلاناً كذا وكذا، وفلاناً كذا وكذا، فقلت: أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة يريد أن يقتلك؟! فقال: تريدين أن لا أكون من الذين قال الله (عزّ وجلّ): (الذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل)[٥] ـ الآية ـ نعم يا سالمة، إنّ الله (تبارك وتعالى) خلق الجنّة وطيّبها وطيّب ريحها، وإنّ ريحها ليوجد من مسيرة ألفي عام، ولا يجد ريحها عاقّ ولا قاطع رحم»[٦].

---

(١) في ج ١٥ ص ٦١٣...

(٢) في نسخة الشرائع: وتستحبّ.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٩.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٦ الوصيّة ووجوبها ح ٨ ج ٩ ص ١٧٤، وسائل الشيعة: باب ٨٣ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٤١٨.

(٥) سورة الرعد: الآية ٢١.

(٦) الكافي: الوصايا / باب صدقات النبيّ صلى الله عليه وآله ح ١٠ (مع ذيله) ج ٧ ص ٥٥، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٨٣ من كتاب الوصايا ح ١، وذيله في ح ٢ منها ج ١٩ ص ٤١٧ و٤١٨.

إلى غير ذلك من النصوص.

﴿وإذا أوصى للأقرب نزّل على مراتب الإرث﴾ بالنسب؛ بمعنى: تقديم المرتبة الأُولى على الثانية، وتقديمها على الثالثة ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب﴾ لا أنّ المراد: التنزيل في كيفيّة الاستحقاق؛ لما عرفت من أنّ الوصيّة يتساوى فيها الذكر والأُنثى، والمتقرّب بالأبوين والمتقرّب بالأُمّ.

والظاهر أنّ من الأبعد هنا: ابن العمّ ولو للأب والأُمّ، فلا يعطى مع وجود العمّ ولو لأب، وإن قدّم عليه في الإرث لدليل خاصّ.

أمّا الأخ من الأب، ففي المسالك: «أنّ الأقوى تقديم الأخ من الأبوين عليه كما في الإرث»[١].

قلت: قد يحتمل تساويهما، وخروج الإرث بالدليل، ولو كان التقرّب بالسببين محقّقاً للأقربيّة عرفاً لاقتضاها بالنسبة إلى المتقرّب بالأُمّ خاصّة، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الموصى له ج ٦ ص ٢٤٠.

الفصل ﴿الخامس﴾
﴿في الأوصياء﴾

جمع وصيّ، من الوصاية بكسر الواو وفتحها، وهي الولاية على إخراج حقّ أو استيفائه أو على طفل أو مجنون، يملك الموصي الولاية عليه بالأصالة كالأب والجدّ، أو بالعرض كالوصي المأذون له في الإيصاء.

وهو معنى ما في القواعد من أنّ «الوصيّة بالولاية استنابة بعد الموت في التصرّف فيما كان له التصرّف فيه من قضاء ديونه واستيفائها، وردّ الودائع واسترجاعها، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين، والنظر في أموالهم، والتصرّف فيها بما لهم الحظّ فيه، وتفريق الحقوق الواجبة والمتبرّع بها وبناء المساجد»[1].

ج ٢٨ / ٣٨٩

بل لعلّ تعريفها بالولاية على معنى التولية أولى من الاستنابة؛ باعتبار كونها كذلك بعد الموت، لا أنّها نيابة عن الميّت الذي بموته

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٢.

تنقطع ولايته، وإن كان هو قد نصبه وليّاً.

وعلى كلّ حال، ففي القواعد[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] وغيرها[٤] ـ بل في الحدائق: «الظاهر اتّفاقهم عليه»[٥] ـ: أنّها عقد.

وفيه: أنّ العقد ـ كما عرفته في محلّه ـ ما اعتبر فيه الإيجاب والقبول، والمشهور كما تعرفه أنّ المعتبر في لزوم الوصيّة عدم الردّ الذي يبلغ الموصي، وهو أعمّ من القبول، بل يتحقّق بالردّ وعدم القبول إذا لم يبلغ ذلك الموصي، وهو منافٍ لدعوى العقديّة المزبورة.

نعم، قد تكون بصورة العقد، كما لو أوصى الموصي فقال الموصى إليه: «قبلت» وليس ذلك كافياً في العقد؛ ضرورة كونه اسماً لما اعتبر فيه القبول على جهة الجزئيّة.

ولقد أجاد في الدروس، حيث إنّه ـ بعد أن ذكر جواز تأخّر قبولها عن إيجابها وكفاية الفعل فيه ـ قال: «وعلى ما قلناه من اللزوم بالموت وعدم الردّ، فلا عبرة بقبول الوصي وعدمه، بل العبرة بعدم الردّ الذي يبلغ الموصي، فإن حصل وإلّا التزم»[٦].

وبذلك ظهر لك الفرق بين الوصيّة والوصاية، فإنّ الأُولى وإن

(١) المصدر السابق: ص ٥٦٥.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٨٢.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٥.

(٤) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٩٤ ج ٣ ص ١٩٤.

(٥) الحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصاية ج ٢٢ ص ٥٩٦ ـ ٥٩٧.

(٦) الدروس الشرعيّة: الوصاية / درس ١٧٩ ج ٢ ص ٣٢٦.

لم تحتج إلى قبول في بعض أفرادها ـ كالوصيّة للجهات العامّة بناءً على عدم احتياج القبول فيها ـ لكن حيث يحتاج إلى القبول فيها كالوصيّة للمخصوص يكون معتبراً فيها بحيث إذا لم يحصل يقع باطلاً، بخلاف الوصاية، فإنّ عدم القبول لا يبطلها إلّا إذا كان بردٍّ لها على وجهٍ يبلغ الموصي، كما هو واضح.

ثمّ إنّ صيغة الوصاية: «أوصيت إليك» أو «فوّضت» أو «جعلتك وصيّاً» أو «أقمتك مقامي في أمر أولادي، أو حفظ مالهم والتصرّف فيه، أو كذا» أو «ولّيتك كذا بعد موتي» أو «جعلتك وليّاً بعد الموت» أو نحو ذلك من الألفاظ التي تفيد توليته على ما يريدها عليه عموماً أو خصوصاً.

ج ٢٨ / ٣٩٠

أمّا لو قال: «أنت وصيّي» ـ مثلاً ـ واقتصر، وقع لغواً؛ لعدم ظهور المتعلّق منه، وعمومه كخصوصه بالنسبة إلى التقدير، ومطلق طبيعة الوصاية لا تجدي من دون ذكر المتعلّق، بخلاف الأوامر، بل وبخلاف نحو: «أحلّ الله البيع» [١] ونحوه؛ ضرورة كون المقام كالإخبار وكما لو قال: «وكّلتك»، وعن التذكرة التصريح به [٢]، بل عن فخر المحقّقين: عدم الخلاف في ذلك [٣].

والتحقيق ما في الدروس من أنّه «إن كان هناك قرينة حال حمل

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٨ (الطبعة الحجرية).

(٣) إيضاح الفوائد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٦٢٣.

عليه ، وإلّا أمكن البطلان ، ويحتمل التصرّف فيما لابدّ منه ، كحفظ المال ومؤونة اليتيم»[١].

قلت : لا بأس بالاحتمال المزبور مع فرض تيقّن إرادته من اللفظ المزبور، أو ظهوره مع الشكّ في غيره، وإلّا فلابدّيّته أعمّ من الوصاية به.

ولو قال : «أوصيت إليك أو أقمتك مقامي في أمر أولادي» ولم يذكر التصرّف فالظاهر تنزيله على التصرّف ؛ لأنّه المفهوم عرفاً خصوصاً عند من يرى أنّ المفرد المضاف يفيد العموم .

لكن عن التذكرة : أنّ فيه احتمالين ، هذا أحدهما ، والثاني : عدم التصرّف إلّا في الحفظ ؛ لأنّه المتيقّن دون غيره[٢]، وهو كما ترى ؛ ضرورة ظهور إرادة التصرّف منه عرفاً .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ ﴿يعتبر في الوصيّ: العقل والإسلام﴾ فلا يصحّ الإيصاء إلى مجنون مطبقاً أو أدواراً ؛ لعدم صحّة تصرّفاته ، وعدم صلوحه للوكالة فضلاً عن الوصاية التي هي أعظم منها ؛ لأنّها إحداث ولاية ومنصب يقصر المجنون عنها قطعاً ، لكونه مولّى عليه .

بل لو طرأ الجنون على الوصي بطلت وصيّته في وجه ، وإن كان تسمع في المسائل ـ إن شاء الله تعالى ـ أنّ الأقوى خلافه . وفي دعائم الإسلام عن عليّ عليه السلام : «لا يزيل الوصي عن الوصيّة إلّا ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك سنّة ، والسلطان وصيّ من لا وصيّ له ،

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / درس ١٧٩ ج ٢ ص ٣٢٦.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

والناظر لمن لا ناظر له»[١].

بل الظاهر عدم عودها حينئذٍ لو عاد العقل إن كان على وجه الفسخ كما في العقد الجائز وفاقاً للفاضل[٢]؛ للأصل، وعدم مقتضٍ لعودها، وإن تردّد فيه في الدروس[٣]. وتسمع ـ إن شاء الله تعالى ـ تحقيق الحال في ذلك في المسائل.

نعم، لو صرّح الموصي بذلك أمكن القول بالصحّة؛ لعموم أدلّة الوصيّة ووجوب إنفاذها على حسب ما أوصى، ومن هنا قال في الدروس: «الأقرب صحّة الإيصاء لمن يعتوره الجنون أدواراً، ويحمل على أوقات الإفاقة».

ج ٢٨ / ٣٩١

ثمّ قال: «والفرق بينه وبين الأوّل ـ أي: من طرأ له الجنون ـ انصراف الوصيّة في ابتدائها ـ أي: في الأدواري ـ إلى أوقات إفاقته، وفي غيرها إلى دوام عقله الذي لم يدم، ولو قلنا بعود ولاية الأوّل فلا إشكال»[٤].

قلت: قد يقال بصحّة الإيصاء إلى المجنون حال جنونه معلّقاً ذلك على حصول الإفاقة له إن حصلت، منضمّاً إلى الوصاية إلى بالغ

---

(١) دعائم الإسلام: الوصايا / ذكر ما يجوز من الوصايا ح ١٣٢٥ ج ٢ ص ٣٦٣، مستدرك الوسائل: باب ٦٩ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٤ ص١٤١.

(٢) تحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٨، قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢١.

(٤) المصدر السابق: ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.

مستقلّ في التصرّف، أو غير منضمّ على إشكال ينشأ: من عموم الأدلّة، ومن كون المتيقّن منها الإذن في نصب غير ذلك. على أنّ تعليق تأثير السبب على غير الشرط الشرعي مخالف للضوابط الشرعيّة ولظاهر ما دلّ على التسبيب.

وسيأتي لذلك نظائر إن شاء الله تعالى، كما أنّه يأتي البحث على ما يتفرّع على الشرط الثاني عند تعرّض المصنّف له.

﴿و﴾ إنّما الكلام هنا: في أنّه ﴿هل يعتبر العدالة﴾ في الوصي؟ ﴿قيل﴾ والقائل جماعة[1] بل هو المشهور[2]: ﴿نعم﴾ بل في الغنية: الإجماع عليه[3].

﴿لأنّ الفاسق لا أمانة له﴾ لوجوب التثبّت عند خبره، وظالم لا يركن إليه.

ولأولويّتها من وكيل الوكيل المجبور بنظر الموكّلين الذي قد اعتبر فيه العدالة، وولايتها قد تكون ولاية على طفل، أو على أداء حقّ واجب... أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي فيه ائتمان غير العدل.

ولأنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية

---

(١) كالمفيد في المقنعة: الوصيّة / باب الأوصياء ص ٦٦٨، والشيخ في المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥١، وابن حمزة في الوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٣، والمقداد في التنقيح: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٨٥.

(٢) كما في الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٢، وغاية المرام: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٤٤١، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصاية ج ٢٢ ص ٥٥٩.

(٣) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

الموصي ويصير التصرّف متعلّقاً بحقّ غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم، فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح، ومن هنا كان رضا الموصي بالفاسق غير معتدّ به.

كما أنّ منه يعلم الفرق: بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلّقين بحقّ الموكّل والمودع المسلَّطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنّما يسلّط على حقّ الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً. مع أنّا نمنع عدم اشتراط العدالة في مطلق الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك.

↑ ج ٢٨ ٣٩٢

كلّ ذلك، مضافاً إلى التأيّد بظواهر كثير من النصوص الواردة بالنسبة إلى من مات وله أموال وورثته صغار ولا وصيّ له؛ حيث اشترطت عدالة المتولّي لذلك[١].

وهي وإن كانت خارجة عمّا نحن فيه، إلّا أنّ فيها إشعاراً بأنّ المتولّي لأمر الوصاية كذلك، بل لا فرق بينهما إلّا بكون الأوّل منصوباً من قبل الشارع والثاني من قبل الميّت، وإلّا فهما بالنسبة إلى ما يتصرّفان فيه واحد، فكما يراعى العدالة فيه من حيث إنّ الناصب له الشرع، تراعى كذلك فيه من حيث إنّ الناصب الموصي، فلا ينصب لذلك إلّا عدلاً.

والفرق: بأنّ للموصي التسلّط على ماله يدفعه إلى من شاء، ويسلّط

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٢٢.

عليه من يختاره ؛ لتسلّط الناس على أموالهم ، بخلاف الحاكم الشرعي المنوط تصرّفه بالمصلحة ، دون ما فيه مفسدة .

يظهر ضعفه ممّا مرّ ؛ فإنّ الموصي بعد الموت وانتقال التركة إلى الورثة ـ وفيهم الصغير ، وفيها وصايا إلى الجهات العامّة ... ونحو ذلك من التصرّفات المحتاجة إلى الوثوق والائتمان ـ لا تعلّق له بذلك ، فتصرّفه فيما ذكر إنّما هو تصرّف في مال الغير لا مال نفسه .

﴿وقيل﴾ والقائل جماعة منهم الفاضل في المختلف[1] وابن إدريس[2] فيما حكي عنه وغيرهما[3] : ﴿لا﴾ تعتبر العدالة في الوصي ﴿لأنّ المسلم محلّ للأمانة كما في الوكالة والاستيداع، ولأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقّق بتعيينه﴾ .

وقيل كما في المسالك : المعتبر عدم ظهور الفسق لا ظهور العدالة ، قال : «لأنّه لا يلزم من عدم أهليّة الفاسق للاستئمان وقبول الخبر اشتراط العدالة هنا ؛ لوجود الواسطة بينهما ، وهو المستور والمجهول الحال ، فإنّه لا يصحّ وصفه بالفسق ، بل يعزّر واصفه به ، فلا يدخل في المدلول» .

«واشتراط عدالة وكيل الوكيل إن أرادوا به اشتراط ظهور عدالته ـ كما هو المشهور ـ فهو عين المتنازع فيه ، وإن أرادوا به عدم ظهور

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.
(٢) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٨٩.
(٣) كالسبزواري في الكفاية: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٥.

الفسق سلّمناه، لكن لا يفيد الاشتراط».

«وبالجملة: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه، أمّا اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث، والاستدلال عليه: بأنّ الفسق لمّا كان مانعاً فلابدّ من العلم بانتفائه ـ وذلك هو اشتراط العدالة ـ واضح المنع؛ لأنّ المانع لا يشترط العلم بعدمه في التأثير، بل عدم العلم بوجوده كافٍ، كما في كلّ مانع»[١].

ج ٢٨ / ٣٩٣

وحينئذٍ فالأقوال في المسألة ثلاثة، وقد اتّفقت جميعاً على عدم الفرق بين متعلّق الوصاية في ذلك من ولاية على قاصر، أو على أداء حقّ لازم، أو على صرف ثلث في وجوه برّ... أو نحو ذلك.

ولعلّ خيرها أوسطها ما لم يكن فيه مفسدة على القاصر؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها، خصوصاً ما ورد[٢] منها في وصاية الامرأة التي من الغالب عدم عدالتها، وفي وصاية ولده وفيهم الصغار والكبار وأنّ الصبي يكون وصيّاً بذلك عند بلوغه أو قبله والتصرّف عند البلوغ... وغير ذلك من النصوص التي لا ينكر ظهور سياقها في عدم اعتبار العدالة، سيّما ما ورد من وصيّة الكاظم عليه السلام جميع ولده[٣] ومنهم[٤]

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٤٢.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٠ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٧٥.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ٤ ج ١٩ ص ٢٠٢.

(٤) في بعض النسخ: وفيهم.

غير العدل، وجعل الولاية بيد عليّ عليه السلام منهم[١] لا يجدي، بناءً على عدم صلاحيّة الفاسق للوصاية ولو مع انضمامه إلى غيره ممّن له الولاية عليه.

ودعوى[٢] عدم صحّة ائتمان الفاسق[٣] والركون إليه واضحة المنع؛ فإنّ الفسق قد يكون بما لا مدخليّة له في حفظ المال، والوصاية ليست ركوناً، ومع التسليم فالممنوع[٤] الركون إلى الظالم من الفاسق لا مطلقاً، ودعوى كونه ظالماً لنفسه ـ كما ترى ـ لا تستأهل جواباً.

وكذا ما ذكر من القياس على وكيل الوكيل الممنوع اعتبار العدالة فيه أيضاً، فإنّ الأمر فيه يتبع إذن الموكّل أو مصلحته.

ولا ريب في أنّ الوصاية فرع ولاية الموصي وإن لم تكن هي استنابة، بمعنى ثبوت الولاية له بعد الموت، وأنّ الوصي نائب عنه؛ ضرورة انقطاعها بعد الموت، ولكن لولايته الثابتة حال الحياة قد جوّز له الشارع جعل وليّ بعد موته فيما له الولاية عليه، وأدلّة جواز ذلك عامّة ومطلقة.

نعم، هي مخصّصة أو مقيّدة في بعض أفرادها ـ كالولاية على القاصر ونحوها ـ بما إذا لم يكن في ذلك مفسدة أو بما فيه

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) كما في التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٨٥، وجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٥.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة شرعاً.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: منه.

ج ٢٨ / ٢٩٤

مصلحة ، من غير فرق في ذلك بين العدل والفاسق . وكذا الوكالة والوديعة من الحيّ للطفل [١] .

ودعوى : خروج المال كلّه منه [٢] بالموت ، مدفوعة : بأنّ الثلث باقٍ على حكم ماله ، فله الولاية عليه على أيّ نحو شاء ، كما أنّ له الولاية لمن يشاء على قضاء ديونه ونحوها ، وبراءة ذمّته مراعاة بحصول ذلك من الولي ، من غير فرق بين العدل والفاسق ، كحال الحياة .

وقبول خبرهما في ذلك باعتبار كونهما مسلمين مصدّقين فيما يسنداه [٣] إليهما ، خصوصاً مع تكليفهما بذلك ، فلا فرق من هذه الجهة .

والتأييد بالنصوص المزبورة يدفعه : أنّ موضوعها تولّي عدول المسلمين ـ الذين هم أحد الأولياء ـ مع فقد الحاكم لا من حيث الوكالة عنه ، وإلّا فالحاكم قد يجوز له أو يجب عليه توكيل الفاسق إذا اقتضته المصلحة .

نعم ، قد يفرّق بين العدل والفاسق فيما يلزم الموكّل والمولّي فيه مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة عند اشتباه الحال لديه ، فإنّه حينئذٍ بتوكيل العدل وتوليته معذور ، بخلاف الفاسق الذي هو مظنّة الفساد ، لا أنّه لا يجوز تولية الفاسق الذي يعلم الصلاح في توليته ؛ لكون فسقه بما لا يضرّ المولّى عليه ، كما هو واضح .

---

(١) في بعض النسخ بدلها: العاقل.

(٢) في بعض النسخ: عنه.

(٣) الأولى التعبير بـ«يسندانه».

بل لو وقع ذلك من الموكّل والموصي ولم نعلم الحال، لابدّ لنا من حمل فعلهما على الوجه الصحيح، وهو الذي يعلم المولّي عدم مفسدته أو صلاحه، لا أنّه يحمل على معلوم الفساد، كي يحكم ببطلان وصايته.

ومن الغريب أنّ بعض من اشترط عدالة الوصي[1] قال: «واعلم: أنّ هذا الشرط إنّما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي، ويقبل خبره ـ كما يستفاد ذلك من دليله ـ لا في الفعل في نفسه، فلو أوصى إلى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيّة، فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة».

«ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاها، بل لو فعله ظاهراً[2] كذلك لم يبعد الصحّة وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه، وضمان ما ادّعى فعله».

«وتظهر الفائدة: لو فعل مقتضى الوصيّة باطّلاع عدلين أو باطّلاع الحاكم، نبّه على ذلك في التذكرة والروضة، وهو حسن»[3].

قلت: وقريب منه ما صرّح به في جامع المقاصد[4].

ولا يخفى عليك: منافاة ذلك لاشتراط العدالة في الوصي في سياق اشتراط العقل ونحوه ممّا يقضي بانعدام المشروط بعدمه، وأقصى

---

(١) في بعض النسخ: الموصىٰ.

(٢) ليست في بعض النسخ كما أنّها ليست في المصدر.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٦.

ما يقال في دفعه: «إنّه يمكن تنزيله على أنّ المراد أنّها شرط في صحّة الاستنابة، لا في صحّة النيابة»(١) وأنت إذا تأمّلت لم تجد لهذا الكلام حاصلاً ينطبق عليه ظاهر من ذكر ذلك شرطاً على حسب اشتراط العقل ونحوه.

ج ٢٨ / ٣٩٥

وأغرب من هذا ما عساه يظهر من بعضهم من الاستدلال على اشتراط العدالة: بأنّ الفاسق لا يصلح للولاية على الطفل(٢).

وفيه: أنّه لا خلاف ظاهراً في ثبوت ولاية الأب والجدّ على الطفل وإن كانا فاسقين، بل في جامع المقاصد: الاعتراف بأنّ ذلك مقتضى النصّ والإجماع وأنّه لا دليل على اشتراط العدالة(٣).

نعم، قال: «يندفع محذور الفسق: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية، عزله ومنعه من التصرّف في ماله وإثبات اليد عليه، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم بالاجتهاد وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله»(٤).

وفيه: أنّه لِمَ لا يكون كذلك في الوصي؟! ومنع وجوب الاستعلام بالاجتهاد وتتبّع الأحوال؛ لوجوب حسن الظنّ بالمسلم، وحمل فعله على الوجه الصحيح، وأنّه لا يقصّر فيما وجب عليه، كما هو مقرّر في محلّه.

هذا كلّه في الوصيّة إلى الفاسق ابتداءً.

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٣١٥.

(٢) الكتب التي بأيدينا خالية من ذلك.

(٣ و٤) تقدّم المصدر آنفاً.

﴿أمّا لو أوصى إلى العدل﴾ من حيث كونه عدلاً ﴿ففسق بعد موت الموصي، أمكن القول ببطلان وصيّته﴾ بل ينبغي الجزم به وإن لم نقل باشتراط العدالة في الوصي.

بلا خلاف أجده فيه، بل عن المهذّب[1] وشرح الصيمري[2]: الإجماع عليه إلّا من الحلّي، وفي جامع المقاصد: «كأنّه لا خلاف فيه»[3].

لعدم مقتضيها؛ ضرورة كون فرض عبارة النصب له من حيث العدالة، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب، فلا يكون وصيّاً.

ودعوى: أنّ العدالة من الأوصاف التي لا يتغيّر الموضوع بفقدها، يدفعها: وضوح فسادها؛ إذ الموضوع إن كان الذات مع الوصف فلا ريب في تغيّر الموضوع بعدمها.

كوضوح فساد دعوىَ: الاكتفاء بالعدالة في ابتداء النصب دون استمراره ﴿لأنّ الوثوق ربّما كان باعتبار صلاحه، فلم يتحقّق﴾ الوثوق ﴿عند زواله﴾.

نعم، لو أوصى إلى العدل لا من حيث العدالة، بل من حيث ذاته ففسق، فإنّ وصيّته ثابتة بناءً على صحّة وصاية الفاسق.

بل لعلّه كذلك أيضاً إذا كانت العدالة داعياً وباعثاً للوصاية، لكن

↑ ج ٢٨ ٣٩٦

(١) المهذّب البارع: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ١١٦.

(٢) غاية المرام: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٤٤١.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٧.

لم تعلّق الوصاية عليها؛ لما تقرّر غير مرّة من أنّ الدواعي لا تقيّد أمثال هذه الأسباب.

بل قد يقال: إنّها كذلك إذا أوصى إلى العدل ولم يعلم منه ملاحظة الوصف على الوجه الأوّل أو غيره؛ فإنّ استصحابها كافٍ في الحكم ببقائها.

بل لو علم ملاحظة الوصف لكن لا على جهة دورانها معه وجوداً وعدماً، بل لاحظه غير خاطر في باله العاري عنه، فإنّ الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه؛ ضرورة عدم معلوميّة علّيّة الوصف، ومحالّ الاستصحاب غالباً تقترن معها الأوصاف التي لم يفهم علّيّتها، ومنها المقام الذي كان الوصف فيه شبه مفهوم اللقب.

ولا يقال: إنّه لايجري باعتبار تغيّر الموضوع في الفرض؛ لما عرفت من أنّ الموضوع لا يتغيّر بتغيّر مثل هذا الوصف، بل التغيّر يحصل بتغيّر الذات أو الوصف الذي يجعل مداراً للحكم.

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا: أنّ الصور في المقام خمسة، والمتّجه البطلان في الأُولى التي نزّلنا عليها عبارة المصنّف ـ وإن كان فيه صعوبة ـ فراراً ممّا عساه يظهر منها من مساواتها لغيرها التي قد عرفت كون المتّجه فيها الصحّة.

وكيف كان، فلا تعود الوصاية بعود الوصف، إلّا إذا صرّح بذلك الموصي أو ظهر من عبارته، فإنّ الأقوى جواز مثل هذا النصب؛ لإطلاق الأدلّة.

ومثل هذه الصور تأتي أيضاً فيما لو فسق حال حياة الموصي أيضاً؛ ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالي الموت والحياة.

وعلى كلّ حال، فالمتّجه في الصورة الأُولى انعزاله من غير حاجة إلى عزل الحاكم؛ ضرورة تقييد وصايته من الموصي بحال العدالة التي تنتفي بانتفائها.

فقول المصنّف والفاضل في القواعد[١]: ﴿فحينئذٍ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه﴾ في غير محلّه. اللّهمّ إلّا أن يكون المراد بالعزل: قطعه عن التصرّفات بعد أن تحقّق العزل الشرعي، والأمر سهل بعد وضوح المقصود، والله العالم.

﴿ولا تجوز[٢] الوصيّة إلى المملوك﴾ بلا خلاف فيه[٣] في الجملة، بل عليه مطلقاً عن صريح محكيّ الغنية[٤] وظاهر التذكرة[٥]: الإجماع عليه[٦]. وهو الحجّة.

ج ٢٨ / ٣٩٧

مضافاً إلى أدلّة الحجر عليه، واستلزام ذلك التصرّف فيه والانتفاع به بغير إذن مولاه؛ لاحتياج تنفيذ الوصاية إلى أفعال وأقوال وهو ممنوع

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤.

(٢) في نسخة الشرائع: ولا يجوز.

(٣) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٤) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥١١ (الطبعة الحجرية).

(٦) في بعض النسخ بعدها إضافة: عليه.

منها.

﴿إلّا﴾ أن يكون ذلك ﴿بإذن مولاه﴾ فتصحّ الوصاية إليه حينئذٍ، بلا خلاف كما اعترف به في الرياض[1]؛ لزوال المانع.

وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي، بل ولا قبله إذا كان بحيث لم يبلغه الردّ. وبالجملة: هو كالحرّ بالنسبة إلى ذلك، هذا.

وفي الرياض: «ولا فرق في محلّ المنع بين كون العبد قنّاً أو مدبّراً أو مكاتباً[2] مبعّضاً، للموصي أو غيره، عند الشيخ وابن حمزة والحلّي والمختلف».

«خلافاً للمفيد والديلمي فجوّزا الوصيّة إلى من عدا القنّ، إمّا مطلقاً كما يظهر من المختلف والدروس، أو إذا كان عبد نفسه كما يستفاد من التنقيح ومال إليه، قال: لحرّيّة المدبّر حال المباشرة، ولزوم الكتابة، وتصرّف المكاتب من غير حجر».

«ولا يخلو عن قوّة؛ لعمومات الكتاب والسنّة الناهية عن تغيير الوصيّة، وسلامتها في المفروض عمّا مرّ من الأدلّة المانعة؛ لما ذكر»[3].

قلت: قال في الدروس: «خامسها: إذن المولى لو أوصى إلى عبد الغير أو مكاتبه أو مدبّره أو أُمّ ولده، ولو أوصى إلى عبد نفسه أو مدبّره

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣١٧.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: أو.

(٣) انظر الهامش قبل السابق.

أو مكاتبه أو أُمّ ولده لم يصحّ عند الشيخ، وجوّز المفيد وسلّار الوصيّة إلى المدبّر والمكاتب مطلقاً»[١].

ولعلّها ليست كما حكى عنها[٢] في الجملة.

والموجود في المقنعة: «ولا يوصي إلى العبد؛ لأنّه لا يملك مع سيّده أمراً، ولا بأس بالوصيّة إلى المدبّر والمكاتب»[٣].

وفي المراسم: «ولا يوصى إلى العبد[٤]، إلّا من كان منهم مكاتباً أو مدبّراً»[٥]، فتأمّل.

وكيف كان، فقد أطلق المصنّف وغيره[٦] أيضاً عدم جواز وصيّة المملوك الشامل لذلك وغيره.

بل الظاهر عدم الفرق فيه بين مملوك نفسه ومملوك غيره، وقوله: «إلّا بإذن مولاه» لا يقضي باختصاص المستثنى منه في الثاني لغةً ولا عرفاً، وإن كان لا يتصوّر إخراجه منه؛ باعتبار اقتضاء الوصيّة إليه الإذن في قبولها.

لكن قد يقال: إنّ إذنه لاتجدي؛ لأنّ أثر الوصاية بعد الموت الذي ينقطع به ملكه، أو ينتقل إلى غيره. ودعوى: أنّ ذلك من الوصيّة بمنافعه ـ فليس للوارث الاعتراض ـ واضحة الفساد؛ ضرورة عدم كون

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٢.

(٢) في بعض النسخ: عنهما.

(٣) المقنعة: الوصيّة / باب الأوصياء ص ٦٦٨.

(٤) تحتمل المعتمدة ـ كما في المصدر ـ: العبيد.

(٥) المراسم: أحكام الوصيّة ص ٢٠٢.

(٦) كالعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣.

ذلك منها بعد عدم قصدها .

ومن هنا كان مقتضى ما حكاه المفروغيّة من عدم جواز وصيّة القنّ ولو كان عبد نفسه ، وأنّ الخلاف في غيره . وكأنّه تيّرُ مال إلى الجواز بناءً منه على أنّ مدرك المنع : ما سمعت من الحجر عليه واقتضاء الوصاية التصرّف فيه ، وهما مفقودان في الفرض ، فتبقى العمومات سالمة عن المعارض .

ج ٢٨ / ٣٩٨

وفيه : أنّه يمكن أن يكون الدليل الإجماع المحكي المعتضد : بظاهره ، وبإطلاق الأكثر ، وبإطلاق قوله عليه السلام : «لا وصيّة لمملوك»[1] في خبر[2] ابن الحجّاج ـ الذي لا قرينة على اختصاصه بالوصيّة التمليكيّة ، بل هو شامل لذلك ولجعل الولاية له ـ وبمعلوميّة قصور العبد عن هذا المنصب الذي من الواضح الفرق بينه وبين الوكالة .

بل لولا الإجماع على الصحّة بإذن السيّد لأمكن القول بالمنع معها أيضاً ، كما عن الشافعي وجمع من العامّة[3] ، سيّما الولاية على الطفل مثلاً ؛ لقصوره عنه كالملك الذي لا يجدي فيه إذن السيّد ، بل لعلّ الولاية أعظم منه .

من غير فرق بين مملوك السيّد بأقسامه وغيره ، ووجود القابليّة له في المدبّر مثلاً بعد الموت لا يجدي مع فقدها حال الوصيّة ، كما أنّه

---

(١) تقدّم في ص ٥٨٢.

(٢) في بعض النسخ: صحيح.

(٣) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٧٤، الحاوي الكبير: ج ٨ ص ٣٢٩، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٥٧١، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٥٧٦.

لا يجدي التبعيض أيضاً وإن أجدى في الملك؛ لعدم قابليّة الولاية التوزيع كالملك، فتأمّل.

نعم، لو أوصى إليه معلّقاً ذلك على حرّيّته أمكن الجواز، بناءً على قبول الوصاية مثل هذا التعليق كما عرفته فيما تقدّم، والله العالم.

﴿و﴾ ممّا يعتبر في الوصي: البلوغ بلا خلاف أجده فيه[1]، فـ ﴿لا تصحّ الوصيّة إلى الصبيّ منفرداً﴾ لقصوره ـ بالصِّبا السالب لأقواله وأفعاله ـ عن منصب الوكالة فضلاً عن الوصاية التي قد عرفت أنّها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها، بل لا يتعقّل[2] ثبوت السلطنة لغير المميّز من الصبيان على المميّز منهم.

﴿و﴾ لكن قد ورد في خبرين معتبرين بفتوى الأصحاب على وجهٍ لا يعرف فيه خلاف بينهم: أنّه ﴿تصحّ﴾ وصايته ﴿منضمّاً إلى البالغ﴾ الكامل و﴿لكن لا يتصرّف﴾ الصبي ﴿إلّا بعد بلوغه﴾ وإنّما فائدة نصبه جواز تصرّفه بعد البلوغ على وجهٍ يكون شريكاً للبالغ: ↑ ج ٢٨ / ٣٩٩

قال عليّ بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه‌السلام: عن رجل أوصى إلى امرأة وشرّك في الوصيّة معها صبيّاً؟ فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصيّة، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له إلّا الرضا، إلّا ما كان من تبديل أو تغيير، فإنّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميّت»[3].

---

(١) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣١٢.

(٢) في بعض النسخ: لا تعقل.

(٣) الكافي: الوصايا / باب من أوصى إلى مدرك ح ١ ج ٧ ص ٤٦، تهذيب الأحكام: الوصايا/باب ٩ الأوصياء ح ١ ج ٩ ص ١٨٤، وسائل الشيعة: باب ٥٠ من كتاب الوصايا ←

وقال الصفّار: «كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام: رجل أوصى إلى وُلده، وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ويقضوا دينه إن[1] صحّ على الميّت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقّع عليه السلام: نعم، على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم، ولا يحبسوه بذلك»[2].

ومنهما يعلم الحكم فيما ذكره المصنّف ﴿و﴾ غيره[3]: من أنّه ﴿لو أوصى إلى اثنين﴾ مثلاً ﴿أحدهما صغير﴾ والآخر كبير ﴿تصرّف الكبير منفرداً حتّى يبلغ الصغير﴾ ولأنّه وصيّ في الحال منفرداً؛ إذ الشريك معه بعد البلوغ، كما لو قال: «أنت وصيّي فإذا حضر فلان فهو شريكك» ومن ثَمَّ لم يكن للحاكم أن يداخله ﴿و﴾ لا أن يضمّ إليه آخر ليكون نائباً عن الصغير.

نعم ﴿عند بلوغه لايجوز للبالغ التفرّد﴾ لحصول الشريك له حينئذٍ، كما لو أوصى إلى اثنين كاملين ابتداءً على ما ستعرف، هذا.

وفي المسالك[4] وغيرها[5]: «أنّ صحّة الوصيّة إلى الصبي منضمّاً على خلاف الأصل؛ لأنّه ليس من أهل الولاية، ولكن جاز ذلك

← ح ٢ ج ١٩ ص ٣٧٥.

(١) في المصدر بدلها: لمن.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ٢ ص ١٨٥، و«الوسائل»: ح ١.

(٣) كالعلّامة في التحرير: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٩٤ ج ٣ ص ١٩٤، والسبزواري في الكفاية: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٦.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٤٦.

(٥) كجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١٠ ص ٢٧١.

للنصّ، فلا يلزم مثله في الوصيّة إليه مستقلّاً وإن شرط في تصرّفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضمّ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده، ولأنّه يغتفر في حال التبعيّة ما لا يغتفر استقلالاً».

قلت: قد عرفت سابقاً ما يقتضي أنّ الأصل جواز نصب الصبي وصيّاً إذا علّق ذلك على بلوغه رشيداً؛ ضرورة كونه الموافق للعمومات، وأنّ الوصاية كالإمارة لا يقدح فيها التعليق ونحوه؛ ولذا جاز الوصيّة إلى المجنون الأدواري، وجاز الإيصاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو أو إلى ولده إن بلغ رشيداً، كما نصّ عليه في الدروس[1] وكذا القواعد[2].

ج ٢٨ / ٤٠٠

وحينئذٍ فالمتّجه كون المنضمّ على الوجه المزبور على وفق الأصل لا على خلافه، بل المتّجه جواز الانضمام كذلك والاستقلال إن لم يقم إجماع على خلافه، ودونه خرط القتاد.

ودعوى: أنّ محلّ البحث الوصاية فعلاً لا المعلّقة على البلوغ، وقد ثبت في المنضمّ للخبرين السابقين، دون المستقلّ الذي لا ريب في مخالفة وصايته الفعليّة للأصل؛ لعدم قابليّته للولاية، وبذلك صحّ للمصنّف وغيره الفرق بين وصاية المنضمّ والمستقلّ.

واضحة الفساد؛ ضرورة عدم صحّة الوصاية فعلاً للمنضمّ أيضاً، ولا صراحة في الخبرين بذلك، بل ولا ظهور، بل لعلّ ظاهرهما خلافه؛

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

وإلّا كان شريكاً فعلاً، وتوقّف التصرّف في المال إلى بلوغه، أو يقوم وليّه مقامه، أو يضمّ الحاكم نائباً عنه، والجميع مخالف لما عرفت من النصّ والفتوى.

بل قد يقال: ببطلان وصاية الموصي إن صرّح بوصاية الصبي فعلاً؛ لعدم مشروعيّتها، وهو معنى اشتراطهم البلوغ في الوصي الذي مقتضاه انعدام المشروط بانعدامه.

نعم، لو صرّح بعدم تصرّف الكبير حتّى يبلغ الصغير صحّ؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

بل الظاهر الصحّة ـ أيضاً ـ مع التصريح بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير لذلك، كما هو صريح القواعد[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4].

بل يصحّ غير ذلك من الشرائط التي لم تحلّل حراماً ولا تحرّم حلالاً ولا تخالف كتاباً ولا سنّةً، كالترتيب في الوصيّة بأن يقول: «أوصيت إلى زيد فإن مات فإلى عمرو» ونحو ذلك، وعن فاطمة عليها السلام: أنّها أوصت في وقفها إلى أمير المؤمنين عليه السلام فإن حدث به حدث فإلى ولديها[5].

---

(١) تقدّم في ص ١٨٢.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٣٠١.

(٥) وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٩ ص ١٩٨.

وقد تقدّم سابقاً أنّ الوصاية قريبة من التأمير، كما اعترف به في جامع المقاصد[١]، وقد روي أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: «الأمير زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحة»[٢].

↑ ج ٢٨ / ٤٠١

وبذلك كلّه يعلم أنّ موضوع المسألة في المتن وغيره: ما لو أطلق الوصاية إلى الصغير والكبير، فإنّه الذي حكمه تصرّف الكبير حتّى يبلغ الصغير فيشاركه، وأنّه ليس للصغير الاعتراض عليه فيما تصرّف به الكبير سابقاً على بلوغه، كما عرفته وتعرفه فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّه قد ظهر لك عدم الفرق عند الأصحاب بين المميّز وغيره في المسألة، ولا بين البالغ خمس سنين وغيره، وإن كان ظاهر خبر زياد بن أبي الحلال الثاني، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله هل أوصى إلى الحسن والحسين عليهما السلام مع أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم، قلت: وهما في ذلك السنّ؟! قال: نعم، ولا يكون لغيرهما[٣] في أقلّ من خمس سنين»[٤].

لكن لم أجد عاملاً به، بل ظاهر غيره من النصوص والفتاوى خلافه، والله العالم.

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) مسند أحمد: ج ٥ ص ٢٩٩، تاريخ اليعقوبي: ج ٢ ص ٦٥، البداية والنهاية: ج ٤ ص ٢٧٥، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٢ ص ١٢٨، إرواء الغليل: ح ١٦٦٢ ج ٦ ص ١٠١.

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقةً للفقيه ـ بدلها: لسواهما.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب نوادر الوصايا ح ٥٥٦٦ ج ٤ ص ٢٣٧، وسائل الشيعة: باب ٥٠ من كتاب الوصايا ح ٣ ج ١٩ ص ٣٧٦.

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿لو مات الصغير ، أو بلغ فاسد العقل، كان للعاقل الانفراد بالوصيّة، ولم يداخله الحاكم؛ لأنّ للميّت وصيّاً﴾ مستقلّاً ؛ لعدم شريك له ، لكون الفرض موت الصبي قبل البلوغ الذي هو شرط صحّة نصبه وصيّاً ، وكذا الكمال ، فلم يشاركه أحد في وصايته ولا وُجد ما يزيلها ، فهي مستصحبة على الحال الأوّل .

لكن ومع ذلك تردّد فيه في الدروس : من ذلك ، ومن دلالة لفظ الوصي[١] على الضمّ في وقت إمكانه عادةً[٢] ، بل في الرياض : أنّه الأظهر لقوّة دليله ، قال : «وينبغي القطع به فيما إذا بلغ الصبي رشيداً ثمّ مات بعده ولو بلحظة ؛ لانقطاع الاستصحاب الأوّل حينئذٍ بلا خلاف ، وتبدّله باستصحاب عدم الاستقلال فيتّبع»[٣] .

قلت : كيف ينبغي القطع به مع أنّ أقصاه صيرورته كالوصيّة إلى اثنين كاملين ثمّ مات أحدهما؟! وستعرف أنّ المشهور بين الأصحاب استقلال الباقي وأنّه لا يضمّ إليه الحاكم .

ومنه يعلم : ضعف القول به في الفرض الذي هو مرجوح بالنسبة إلى ذلك قطعاً ؛ ضرورة عدم حصول الشريك للوصي أصلاً ، بل يمكن القطع بكون مراد الموصي الشركة له إذا بقي وبلغ قابلاً للشركة ، ومن هنا جزم المصنّف وغيره[٤] باستقلال الكبير في الفرض ، والله العالم .

↑ ج ٢٨ / ٤٠٢

(١) في المصدر: الموصي.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٥.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣١٩.

(٤) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤، والكركي في ←

وقد ظهر لك من ذلك الحكم في جميع أطراف المسألة ؛ حتّى ما ذكره المصنّف وغيره[١] ﴿و﴾ نصّ عليه في الخبرين السابقين[٢] ـ بل لا أجد فيه خلافاً ـ: من أنّه ﴿لو تصرّف البالغ ثمّ بلغ الصبيّ لم يكن له نقض شيء ممّا أبرمه﴾ في الزمن السابق الذي لا شركة له فيه ؛ إذ لا ريب في ظهور عبارة الموصي في إرادة الوصاية للكبير وأنّه إذا بلغ الصبي شاركه .

فليس له نقض شيء من ذلك ﴿إلّا أن يكون مخالفاً لمقتضى الوصيّة﴾ بل مثله منقوض لنفسه لا يحتاج إلى نقض ، كما هو واضح .

ومن الغريب ما في القواعد ، فإنّه ـ بعد أن ذكر ما هنا بتمامه ـ قال : «وهل يقتصر البالغ من التصرّف على ما لابدّ منه؟ نظر»[٣]. وهو منافٍ لإطلاق النصّ والفتوى ، بل ولما هو كالصريح من خبر عليّ بن يقطين ، فلاحظ وتأمّل .

بقي الكلام في شيء لم أجد تصريحاً به من أحد ، وهو : لو مات الكبير مثلاً قبل بلوغ الصبي ، والمتّجه على ما قلناه صحّتها لو بلغ وإن رجع الأمر إلى الحاكم قبل البلوغ ، فإذا بلغ استقلّ في وجهٍ وداخله الحاكم في آخر .

← جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(١) انظر «القواعد» في الهامش السابق، وجامع المقاصد ـ فيه أيضاً ـ : ص ٢٧٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٩٤ ج ٣ ص ١٩٤.

(٢) في ص ٨٣١ ـ ٨٣٢.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤.

وأمّا احتمال: بطلان وصاية الصبي ولو بعد البلوغ ـ باعتبار اشتراط صحّتها ابتداءً واستدامةً بالانضمام، المفروض انعدامه قبل البلوغ ـ فهو واضح الضعف؛ لمنافاته الاستصحاب وغيره.

نعم، قد يشكل تولّي الحاكم الأمر قبل البلوغ ـ بناءً على ما عساه يظهر من بعضهم[١] من ثبوت الوصاية للصبي حال الانضمام وإن لم يجز له التصرّف ـ: بأنّه لا ولاية له مع وجود الوصي، فالمتّجه حينئذٍ الانتظار إلى البلوغ إلّا فيما لابدّ منه.

إلّا أنّ ذلك كما ترى؛ ضرورة عدم تعقّل ثبوت ولاية وسلطنة للطفل على غيره، سيّما إذا كان مميّزاً وهو غير مميّز كما هو مقتضى إطلاقهم، هذا.

﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أنّ من شرائط الوصي: الإسلام، فـ﴿لا تجوز[٢]﴾ حينئذٍ ﴿الوصيّة﴾ من المسلم ﴿إلى الكافر ولو كان رحماً﴾ بلا خلاف كما في الرياض[٣].

↑ ج ٢٨ / ٤٠٣

لقصوره عن منصب الولاية عن المسلم وعليه؛ إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض، بل قال الله تعالى: «لا يتّخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء...»[٤] إلى آخره،

---

(١) كالفخر في الإيضاح: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٦٢٦.

(٢) في نسخة الشرائع: لا يجوز.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٠.

(٤) سورة آل عمران: الآية ٢٨.

وقال (جلّ شأنه) أيضاً: «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»[١].

ومن هنا أطلق المصنّف وغيره[٢] عدم وصايته عن المسلم من غير فرق بين تعلّقها بالمسلمين وما في حكمهم أو غيرهم.

﴿نعم، يجوز أن يوصي إليه﴾ أي الكافر ﴿مثله﴾ في الكفر ـ كما صرّح به غير واحد[٣] ـ بناءً على عدم اشتراط العدالة، بل وعلى اشتراطها، بناءً على إرادة الوثوق من اشتراطها، فيكفي حينئذٍ عدالته في دينه؛ إذ الغرض صيانة مال الطفل وأداء الأمانة، وهو يحصل بالعدل منهم.

فما في الروضة من أنّ «الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا، ولو أُريد صحّتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم، وإلّا فاللازم الحكم ببطلانها بناءً على اشتراط العدالة في الوصي؛ إذ لا وثوق بعدالته في دينه، ولا ركون إلى أفعاله؛ لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام»[٤].

لا يخلو من نظر؛ لحصول الوثوق وجداناً، بل ربّما يحصل الوثوق

---

(١) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٢) كالشيخ في المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥١، وابن سعيد في الجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٢، والعلّامة في القواعد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٤، والشهيد في الدروس: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٢.

(٣) انظر الهامش السابق.

(٤) الروضة البهيّة: الوصايا / في الوصاية ج ٥ ص ٦٨ ـ ٦٩.

ببعض عدولهم أكثر ممّا يحصل ببعض عدول المسلمين سيّما المخالفين منهم، ومخالفة أفعالهم لكثير من أحكام الإسلام لا تنافي عدالته في دينه.

ولعلّه لذا قال في المسالك: «ويحتمل قويّاً الحكم بصحّتها مطلقاً مع عدالته في دينه؛ لأنّ الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله وأداء الأمانة، وإذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرّمات قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين»[1].

وإن كان فيه أيضاً: أنّه يمكن فرض الوثوق بفاسق المسلمين كما عرفته سابقاً، هذا.

وقد يقال في أصل المسألة: بمنع اشتراك الكفّار مع المسلمين في هذا الحكم وإن قلنا به في غير المقام؛ لاختصاص الدليل بالنهي عن اتّخاذ المؤمنين الكافرين أولياء، دون الكافرين بعضهم مع بعض، بل مقتضى الآية الأُخرى[2] كونهم كذلك.

وحينئذٍ فحمل[3] عبارة المصنّف وغيره[4][5] «صحّة وصيّة الكافر إلى الكافر» على إرادة الإلزام بما في مذهبه ـ وإن كان فاسداً عندنا ـ خلاف الظاهر.

↑ ج ٢٨ / ٤٠٤

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٤٨.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٧٣.

(٣) كما في مسالك الأفهام: (انظر الهامش قبل السابق).

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: من.

(٥) تقدّم نقل المصادر آنفاً.

نعم، ينبغي تقييد ذلك ـ كما عن جماعة[١] ـ بما إذا لم يستلزم ذلك ولاية على مسلم لما عرفت.

ولو أوصى الكافر إلى المسلم صحّ، وتصرّف فيما يجوز للمسلم التصرّف فيه من تركته، دون غيره كالخمر، والله العالم.

ولا يعتبر في الوصي الذكورة ولا البصر ﴿و﴾ لا كونه غير وارث، بلا خلاف فيه بيننا[٢]، فـ﴿تجوز الوصيّة﴾ حينئذٍ ﴿إلى المرأة إذا جمعت الشرائط﴾ وكذا الأعمى والوارث؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها، والإجماع بقسميه[٣]، وخصوص خبر عليّ بن يقطين السابق[٤] في الوصيّة إلى المرأة والطفل.

فما عن بعض العامّة: من الخلاف في ذلك[٥] ـ لبعض الوجوه الاعتباريّة، التي لا تصلح مدركاً للأحكام الشرعيّة عندنا ـ واضح الفساد.

---

(١) كالشهيد في الدروس: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٢.

(٢) نفى الخلاف ـ في الوصيّة إلى المرأة ـ في المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٢ ص ٥٢.

(٣) نقل الإجماع ـ في الوصيّة إلى المرأة ـ في غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٤٨، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٩٤ ج ٣ ص ١٩٤.

وانظر السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٠، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٢، وتحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٨.

(٤) في ص ٨٣١.

(٥) المجموع: ج ١٥ ص ٥١٠، حلية العلماء: ج ٦ ص ١٤٣ ـ ١٤٤، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٥٦٩ ـ ٥٧٠، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٥٧٧ و٥٧٩.

وعليه يحمل مرسل السكوني عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه‌السلام : «المرأة لا يوصى إليها ؛ لأنّ الله تعالى يقول : (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)[١]»[٢] ، أو على فقد شرط من الشرائط السابقة... أو غير ذلك ، والله العالم .

﴿ولو أوصى إلى اثنين﴾ فصاعداً جاز إجماعاً بقسميه[٣] ، وسنّةً عموماً وخصوصاً[٤] ﴿فإن أطلق أو شرط اجتماعهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرّف﴾ بلا خلاف أجده في الثاني[٥] سواء ذكر الاجتماع شرطاً في التصرّف ، أو جعل الولاية لهما مجتمعين ، فإنّ الظاهر جوازه أيضاً ؛ لإطلاق الأدلّة السالم عمّا يقتضي الاتّحاد في الوصي ، بل لعلّ ذلك هو المراد من شرط الاجتماع في العبارة وغيرها[٦] ، بل ستعرف فيما يأتي التصريح من ثاني الشهيدين وغيره : بأنّ كلاً منهما في صورة الاجتماع جزء وليّ . وعليه يبنى ما قيل : من بطلان الوصيّة بردّ أحدهما وإن قبل الآخر[٧] .

---

(١) سورة النساء: الآية ٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب كراهيّة الوصيّة إلى المرأة ح ٥٥٣٣ ج ٤ ص ٢٢٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٤٦ ج ٩ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: باب ٥٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ص ٣٧٩.

(٣) نقل الإجماع في رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢١.
وتأتي المصادر خلال البحث.

(٤) وسائل الشيعة: باب ٥٠ و٥١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٧٥ فما بعدها.

(٥) نقل الإجماع على ذلك في التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٨٨.

(٦) كإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣.

(٧) تحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٩، جامع المقاصد: الوصايا / ←

وعلى كلّ حال، فلا إشكال ـ كما لا خلاف ـ في عدم جواز تفرّد أحدهما في هذه الصورة.

إنّما الكلام: فيما إذا أطلق ولم يكن في اللفظ ما يدلّ على الاستقلال ولا الاجتماع، والمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة[1] مساواتهما في الحكم لصورة الاجتماع.

↑ ج ٢٨ / ٤٠٥

لكونه المتيقّن، بناءً على دوران الأمر بينه وبين الانفراد الترخيصي لا العزيمي.

ولتساويهما في استحقاق الولاية، فهي شبه العين الموصى بها لاثنين ـ مثلاً ـ المحكوم باشتراكها بينهما، فكذا الولاية المجعولة لهما؛ ضرورة تصوّر الاشتراك فيها على وجهٍ يكون مجموعهما الولي.

ولظاهر الصحيح: «في رجل مات وأوصى إلى رجلين، أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقّع عليه‌السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميّت، ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله»[2].

المؤيّد: بالرضوي ـ بناءً على كونه رواية ـ: «وإذا أوصى رجل إلى

← الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٨ و٢٩٩.

(١) نقلت الشهرة في رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٢.

وصرّح بالحكم في المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٤، والوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٣، والسرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٠، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣، والدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجلين يوصى إليهما ح ٥٤٧١ ج ٤ ص ٢٠٣، ويأتي لاحقاً ما هو الموجود في الكافي مع ذكر مصدر الوسائل.

رجلين، فليس لهما أن ينفرد كلّ واحد منهما بنصف التركة، وعليهما إنفاذ الوصيّة على ما أوصى الميّت»[١].

بل وبخبر صفوان بن يحيى: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجل كان لرجل عليه مال، فهلك وله وصيّان، فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيين؟ فقال: لا يستقيم، إلاّ أن يكون السلطان قد قسّم المال فوضع على يد هذا النصف وعلى يد هذا النصف، أو يجتمعان بأمر السلطان[٢]»[٣] بناءً على أنّ المراد سلطان العدل.

والمناقشة[٤] في الأوّل: باشتماله على لفظ «لا ينبغي» الذي هو غير صريح في الحرمة، يدفعها: أنّه لابدّ من إرادة ذلك منه هنا، وإن قلنا بعدم صراحته في غير المقام؛ باعتبار جعل الانفراد فيه مخالفة للميّت والاجتماع عملاً بأمره، ومن المعلوم حرمة المخالفة المزبورة ووجوب العمل بأمره، وإلاّ كان تبديلاً للوصيّة المعلوم عدم جوازه كتاباً وسنّةً وإجماعاً.

على أنّ قوله: «ويعملان» معطوف على جملة «لا ينبغي» لا على متعلّقها، فيكون أمراً بالعمل بمقتضى أمره المكنّى به عن الاجتماع،

---

(١) فقه الرضا عليه السلام: باب ٥١ الوصيّة للميّت ص ٢٩٩، مستدرك الوسائل: باب ٤٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٤ ص ١٢٧.

(٢) في بعض النسخ ـ مطابقاً للوسائل ـ: سلطان.

(٣) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٣٤ ج ٩ ص ٢٤٣، الاستبصار: الوصايا / باب ٧٣ من أوصى إلى نفسين ح ٣ ج ٤ ص ١١٩، وسائل الشيعة: باب ٥١ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٧٧.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٤٩.

وإلّا لم يكن الجواب مطابقاً للسؤال.

نعم، فيما حضرني من نسخة الكافي: «وأن يعملا...»[١] إلى آخره، وحينئذٍ يكون معطوفاً على سابقه، إلّا أنّ المقدّر حينئذٍ من العامل فيه لو سلّم أنّه «ينبغي» وجب إرادة الوجوب منه؛ لما عرفت.

↑ ج ٢٨ / ٤٠٦

كلّ ذلك، مضافاً إلى الانجبار بفهم المعظم، والاعتضاد بما عرفت.

ولا ينافيه الموثّق: «إنّ رجلاً مات وأوصى إلى رجلين، فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك وأعطني نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: ذلك له»[٢].

لإجماله، وبناء المنافاة فيه على رجوع الإشارة إلى القسمة والضمير المجرور إلى الطالب، مع أنّه يحتمل رجوع الإشارة إلى الإباء والضمير إلى المطلوب، بل لعلّ هذا أولى كما عن المختلف[٣] وغيره[٤]؛ لقرب مرجع الإشارة، وموافقته لما عرفت.

ودعوى[٥]: أولويّة العكس ـ لوضع «ذلك» للإشارة إلى البعيد ـ يدفعها: معلوميّة عدم ملاحظة ذلك في استعمالها في أمثال هذه

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من أوصى إلى اثنين ح ١ ج ٧ ص ٤٦، وسائل الشيعة: باب ٥١ من كتاب الوصايا ح ١ (مع ذيله) ج ١٩ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الرجلين يوصى إليهما ح ٥٤٧٢ ج ٤ ص ٢٠٣، وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٤٧، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٣٧٧.

(٣) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٤.

(٤) كجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩١.

(٥) كما في التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٠، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٠.

الخطابات التي يراد منها محض التفهيم.

بل في الرياض أنّه «يدفعها: توقّف ذلك على وجود اللام، وهي في نسخة الكافي والفقيه مفقودة. نعم، في نسخة الشيخ موجودة، لكنّها مرجوحة بالنسبة إلى تلك النسخة، سيّما مع وحدتها وتعدّد تلك، مع كونها الأصل لها وهي منها مأخوذة، وعلى تقدير تكافؤ النسختين يبقى الإجمال بحاله؛ لعدم المرجّح لأحدهما في البين»[١]. والأمر سهل بعد وضوح الحال لديك.

ومنه يعلم ضعف المحكي عن ظاهر النهاية[٢] - التي ليست كتاب فتوى - والقاضي[٣]: من جواز الانفراد في صورة الإطلاق.

ولعلّهما يريدان ما لو قال لكلّ منهما بعبارة مستقلّة: «أنت وصيّي على كذا» فإنّه ظاهر حينئذٍ في جواز الانفراد كما في الوكالة، وإن كان هو خارجاً عن محلّ النزاع.

بل قد يقال: بعدم ظهوره في ذلك، كما هو مقتضى إطلاق العبارة وغيرها[٤]، بل في القواعد والدروس وغيرهما ما هو كالصريح في ذلك في مسألة: «ما لو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو»:

قال في القواعد: «ولو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو لم يكن رجوعاً، ولو لم يقبل عمرو انفرد زيد، ولو قبلا لم ينفرد أحدهما

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٣.
(٢) النهاية: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤٠ ـ ١٤١.
(٣) المهذّب: الوصايا / باب الأوصياء ج ٢ ص ١١٦ ـ ١١٧.
(٤) كإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣.

بالتصرّف إلّا مع قرينة دالّة على الرجوع أو التفرّد»[١].

وقال في الدروس: «ولو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو اشتركا ولا انفراد، ولا يعزل الأوّل بالوصيّة إلى الثاني، فلو قبل أحدهما دون الآخر قيل: يتصرّف وحده، بخلاف ما لو أوصى إليهما معاً، فإنّه ينعزل القابل بردّ صاحبه، وفي الفرق نظر؛ لأنّ الضمّ قد حصل في الموضعين، فإن كان شرطاً ثبت فيهما وإلّا انتفى فيهما»[٢].

↑ ج ٢٨ / ٤٠٧

وتبعه على ذلك المحقّق الثاني، بعد أن حكى القيل المزبور عن التذكرة[٣].

قلت: قد يفرّق بينهما: بظهور المعيّة في وصاية المجتمعين وكونهما معاً الوصي، بخلاف غيره، فإنّه ظاهر في الاستقلال حتّى لو قبلا معاً، فإنّ تعدّد الأولياء ـ كما هو ظاهر العبارة ـ غير عزيز. وكذا الكلام في الوكالة.

ولو سلّم فالمراد شركته على تقدير قبوله، نحو ما لو قال لزيد: «أوصيت إليك» ثمّ قال: «ضممت إليك عمراً» فإنّه كما في القواعد: «إن قبل عمرو شارك، وإلّا استقلّ زيد»[٤]. ولو قبل عمرو خاصّة لم يكن له الانفراد إن[٥] جعله مضموماً، وهل ينعزل أو يضمّ إليه الحاكم؟ فيه نظر

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٨.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً (بتصرّف).

(٥) في بعض النسخ: لو.

كما في الدروس[1]، وجزم الفاضل بالثاني[2].

وعلى كلّ حال، فالإنصاف: اختلاف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال التي ليس من وظائف الفقيه تنقيحها، والتحقيق ما عرفت.

ومنه يعلم: أنّ الناظر المستعمل في زماننا ليس وصيّاً مستقلّاً، بل ولا شريكاً في الوصاية؛ لعدم ظهور عبارة الموصي فيه، بل لعلّها ظاهرة في إرادة الصرف باطّلاعه.

وقد تعرّض له بعض الأصحاب كالمحقّق الثاني حيث قال: «ويجوز أن يوصي إلى واحد ويجعل آخر مشرفاً عليه، ولا يكون للمشرف شيء من التصرّفات لكن يشترط صدورها عن إذنه، ولو امتنع فهل يستقلّ الوصي؟ فيه وجهان أقربهما: لا، بل يرفع الأمر إلى الحاكم»[3].

قلت: التحقيق فيه كونه أيضاً مختلفاً باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال، ومن هنا لم يمكن ضبطه بحال، فإنّه قد يراد اطّلاعه فقط لئلّا يخون الوصي، وقد يراد نظره في الصرف والمصرف، وقد يراد غير ذلك، والحكم يختلف باختلافه، حتّى مدخليّة الحاكم فيما لو مات أو جنّ ـ مثلاً ـ وعدمها.

ثمّ المراد باجتماعهما: اتّفاقهما على الرأي على وجهٍ يحكمان

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٦.

↑ ج ٢٨ / ٤٠٨

بكونه مصلحة ، وإيقاع العقد ـ لو احتيج إليه ـ عن رأيهما ؛ بمباشرة أحدهما وإذن الآخر ، أو غيرهما بإذنهما .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ ﴿لو تشاحّا﴾ على وجهٍ لا ينافي عدالتهما ـ بناءً على اعتبارها ـ لتخيّل كلّ منهما الصلاح في ضدّ ما يقوله الآخر ﴿لم يمض ما ينفرد به كلّ واحد منهما عن صاحبه، إلّا ما لابدّ منه مثل كسوة اليتيم ومأكوله﴾ والرقيق والدوابّ وإصلاح العقار وشراء كفن الميّت . . . ونحو ذلك ممّا لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتّفاق .

بل عن بعضهم[1] : زيادة قضاء ديونه ، وإنفاذ الوصيّة المعيّنة ، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع ، والخصومة عن الميّت وله ، وعن الطفل وله مع الحاجة ، وردّ الوديعة المعيّنة والعين المغصوبة .

وفي القواعد : الفرق بين صورتي الإطلاق والنهي عن الانفراد ، فيجوز ذلك في الأوّل ولا يجوز في الثاني[2] .

وفيه : أنّه لا فرق بينهما ـ بعد تنزيل الإطلاق على عدم جواز الانفراد ـ إلّا بالظهور والصراحة ، وذلك لا يصلح فارقاً .

كما أنّه قد يناقش فيما قبله : بأنّ ذلك لا ضرورة تقتضي فعله قبل الرجوع إلى الحاكم أو عدول المؤمنين .

بل الأوّل أيضاً كذلك .

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٢.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٦.

فالمتّجه: ما عن المبسوط [١] والحلبي [٢] من عدم جواز الانفراد مطلقاً حتّى في كسوة اليتيم ومأكوله؛ امتثالاً لنهي الموصي عنه.

نعم، قد يتّجه ذلك فيما تشتدّ الضرورة إليه على وجهٍ لا يمكن الوصول إلى الحاكم أو من يقوم مقامه، فيتولّاه حينئذٍ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبة، لا من حيث الوصاية.

ولعلّ الضابط ذلك، وهو خارج عمّا نحن فيه من انفراد أحدهما من حيث الوصاية.

﴿و﴾ كيف كان، فلا ريب في أنّ ﴿للحاكم﴾ الشرعي المعدّ لحسم أمثال ذلك ﴿جبرهما على الاجتماع﴾ مع الإمكان من غير استبدال؛ لعدم ولاية له فيما فيه للميّت وصي.

وعن الحلبي: أنّه يردّ الحاكم الأمر إلى أعلمهما وأقومهما، ويجعل الثاني تبعاً له [٣].

وأُشكل [٤]: بأنّ فيه تخصيصاً لأحدهما بالنظر، وقد منعه الموصي.

وقد يدفع [٥]: بأنّ المراد الإجبار على الاجتماع الذي منه ردّ غير الأعلم إلى الأعلم... ونحو ذلك ممّا مرجعه إلى ردّ المرجوح في نظر الحاكم إلى الراجح، ولعلّه بذلك لا يكون منافاة بين القولين.

---

(١) المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٤.

(٢) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) كما في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥.

(٥) كما في التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٨٩.

﴿فإن تعاسرا﴾ على وجهٍ يتعذّر جمعهما ﴿جاز له الاستبدال بهما﴾ حذراً من الترجيح بلا مرجّح، وصوناً لوصايا الميّت عن التعطيل، وحفظاً للمال عن التلف، ولبقاء المال بلا ولي بعد فرض تعذّر الاجتماع الذي هو شرط ولايتهما، فينتفي المشروط بانتفائه، ويكون حينئذٍ وجودهما بمنزلة عدمهما.

↑ ج ٢٨ / ٤٠٩

وفي الدروس: «وله عزل أحدهما والضمّ إليه، وليس له جعله منفرداً، وقال الحلبي: له جعله منفرداً إذا كان أعلم وأقوى، فيتبعه الباقون من الأوصياء»[١]، هذا.

ولكن في الروضة: «كذا أطلق الأصحاب، وهو يتمّ مع عدم اشتراط عدالة الوصي، أمّا معه فلا لأنّهما بتعاسرهما يفسقان؛ لوجوب المبادرة إلى إنفاذ الوصيّة مع الإمكان، فيخرجان بالفسق عن الوصاية ويستبدل بهما الحاكم، فلا يتصوّر إجبارهما على هذا التقدير».

«وكذا لو لم نشترطها وكانا عدلين؛ لبطلانها بالفسق حينئذٍ على المشهور، نعم لو لم نشترطها ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاحّ»[٢].

وفيه: أنّ تشاحّهما إذا كان مستنداً إلى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحة ـ لا التشهّي والمعاندة ـ لا يقتضي الفسق.

لكن يرد حينئذٍ: أنّ جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع محلّ

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤.

(٢) الروضة البهيّة: الوصايا / في الوصاية ج ٥ ص ٧٤.

نظر ، فاشتراط العدالة لا يتمّ مع التعاسر الذي كان للحاكم معه إجبارهما .

وقد يدفع ـ كما في بعض حواشي الروضة ـ : بأنّه لا مانع من التزام جواز جبر الحاكم لهما بما هو الأصلح عنده في نظره ، ومع التساوي يتخيّر ، وهذا لا ينافي عدالتهما[1] .

وفيه : أنّ جبر الحاكم لا يكون إلّا مع امتناع المخالف عمّا يجب عليه ، ومع فرض عدالتهما وكون تكليفهما الرجوع إلى الأصلح في نظر الحاكم لا امتناع منهما ، فلا جبر .

فالأولى : إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما في التعاسر المفروض .

كما أنّ الأولى : التصريح بالتفصيل ـ على القول باشتراط العدالة ـ بأنّ التشاحّ إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما ، وإن كان يوجب الإخلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن أصرّا على ذلك إذا لم يثبت كونه من الكبائر ، ولعلّه مراد من أطلق ممّن اشترطها من الأصحاب .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ ﴿لو أرادا قسمة المال بينهما﴾ حيث يجب عليهما الاجتماع ﴿لم يجز﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال ؛ لأنّه

---

(١) حاشية سلطان العلماء: ج ٢ ص ٤٨ (الطبعة الحجرية).

(٢) ينظر المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٤، وتحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٨، وجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٤، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٣.

خلاف مقتضى الوصيّة من الاجتماع في التصرّف.

﴿ولو مرض أحدهما أو عجز﴾ على وجهٍ لا يقوى على القيام بتمام ما أُوصي إليه ولو بالتوكيل والاستئجار ﴿ضمّ إليه الحاكم من يقوّيه﴾ ويُعينه على ما كلّف به، على حسب ما تسمعه[1] في شرح قوله: «ولو ظهر من الوصي عجز...» الى آخره.

ج ٢٨ / ٤١٠

وفي الدروس: إطلاق كون الضمّ إلى الآخر بالعجز، لا إلى العاجز[2]، بل عن الكفاية: أنّ ذلك هو الأشهر[3]، وتظهر الثمرة في وجوب قيام ثلاثة على التصرّف في الوصيّة على الأوّل، واثنين على الثاني.

وفي المسالك: إمكان حمل كلامه على العجز بالكلّيّة لا في الجملة[4].

وهو جيّد، وإلّا لأشكل بأنّ العجز في الجملة لا يخرج الوصي عن الوصاية؛ لجواز الوصيّة إلى العاجز كذلك ابتداءً، بل عن التذكرة[5] وجامع المقاصد[6]: الإجماع عليه، فكذا في الاستدامة، بل أولى من

---

(١) في ص ٨٦٦.

(٢) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤.

(٣) نسبه إلى «المشهور»، انظر كفاية الأحكام: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٨.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥١١ (الطبعة الحجرية).

(٦) كأنّ مصبّ إجماعه مختلف عمّا نقل عنه، نعم تعرّض للمطلب في موضع آخر ولم يذكر الإجماع بل ذكر تردّد صاحب الدروس، انظر جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠ و٢٩٦، وانظر أيضاً ص ٢٩٤.

الابتداء بذلك ، كما هو واضح .

﴿أمّا لو مات أو فسق﴾ مثلاً على وجهٍ ينعزل عن الوصاية ﴿لم يضمّ الحاكم إلى الآخر، وجاز له الانفراد﴾ كما عن الأكثر على ما في محكيّ الشرائع [١] للصيمري [٢] والكفاية [٣] ﴿لأنّه لا ولاية للحاكم مع وجود وصيّ [٤]﴾ .

وشرطيّة الشركة ـ التي مقتضاها : انتفاء المشروط بانتفائها ، فتنتقل الولاية إلى الحاكم ـ مقيّدة بحسب العرف والعادة ببقاء كلّ منهما على قابليّة الوصاية ، فكأنّه قال : «كلّ وصي على الاشتراك بشرط بقاء كلّ منهما على قابليّة الوصاية» .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾ : ممّا سمعت ، ومن أنّ ظاهر الشرطيّة عدم رضا الموصي برأي أحدهما منفرداً ، والوصي إنّما هما معاً لا أحدهما منفرداً ، فلابدّ أن ينضمّ إليه أمين ، ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده [٥] ومحكيّ إرشاده [٦] وتحريره [٧]

---

(١) الأولى التعبير بـ «شرح الشرائع».

(٢) غاية المرام: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٤٤٢.

(٣) كفاية الأحكام: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٨ .

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: الوصي.

(٥) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٦.

(٦) عبارته: «ولو أوصى إلى اثنين... ولو مرض أحدهما أو عجز ضمّ الحاكم إليه معيناً، ولو مات أو فسق لم يضمّ إلى الآخر». انظر إرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣.

(٧) تحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٨.

والشهيدين [١] وفاضل الرياض [٢]، بل هو المحكي عن فخر الدين [٣] وجماعة [٤].

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه، بعد ما عرفت من تقييد الاشتراط بذلك، وإلّا كان مقتضى ما ذكروه انتفاء وصاية الآخر أيضاً؛ ضرورة كونها مشروطة بشرط، والفرض انتفاؤه، فيستقلّ الحاكم بالوصاية. وبقاء أحدهما كعدمه حينئذٍ؛ لعدم الإذن له في هذا الحال كما لو تشاحّا.

ج ٢٨ / ٤١١

ومن ذلك يعلم الحال فيما فرّعه في الرياض على الثاني ـ بعد أن اختاره ـ من أنّه «هل للحاكم أن يفوّض جميع الولاية إلى الثاني منهما بدلاً عن الضميمة تنزيلاً له مقامهما؟ وجهان: من أنّ النظر قد صار للحاكم فيولّي من يختاره، ومن أنّ الموصي لم يرض برأي الآخر على الانفراد، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه، وإلّا لزم التبديل المنهي عنه في الشريعة، وهذا أجود».

«بخلاف ما لو حصل لهما معاً العجز أصلاً، فإنّ للحاكم أن ينصب ولو واحداً؛ للفرق بين المقامين: بأنّ الثاني من الوصيّين في المقام

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤، مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٤.

(٢) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٣) إيضاح الفوائد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٦٣٢.

(٤) كالمقداد في التنقيح: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩١، ومال إليه في المهذّب البارع: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ١١٩.

الأوّل منصوب من قبل الموصي ولم يرض برأيه منفرداً كما مضى، وهنا قد انقطع نظره لعجزهما، وصار النظر إليه كملاً، فله نصب من شاء ولو واحداً»[١].

إذ لا يخفى عليك أنّ الموصي لم يرض برأي أحدهما إلّا مجتمعاً مع خصوص الآخر، فإذا تعذّر انتفت الوصاية من رأس واستقلّ الحاكم، لا أنّه يريد انضمامه إلى شخص آخر أيّ شخص يكون، كي يقوم أمين الحاكم مقامه، وهو واضح بأدنى تأمّل.

ومنه يعلم: قوّة ما عن الأكثر ـ على ما عرفت ـ من تقييد الشرطيّة بحال الإمكان، وإلّا انفرد الآخر، ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغي تركه، والله هو العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿لو شرط لهما الاجتماع والانفراد﴾ بمعنى أنّه قد أذن له في كلّ منهما ﴿كان تصرّف كلّ واحد منهما ماضياً ولو انفرد﴾ للإذن ﴿و﴾ كذا ﴿يجوز أن يقتسما المال، ويتصرّف كلّ واحد منهما فيما يصيبه﴾ وفيما في يد صاحبه[٢] ﴿كما يجوز انفراده قبل القسمة﴾ بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك[٣]؛ لكون الفرض شمول الإذن.

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٢) في بعض النسخ: وفيما في يدهما.

(٣) ينظر النهاية: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤١، وقواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٦، والدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٤، وجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٥.

أمّا لو شرط لهما الانفراد، ففي جواز الاجتماع حينئذٍ نظر: من مخالفة الشرط فلا يصحّ، ومن اقتضاء الاتّفاق على الاجتماع صدوره عن رأي كلّ منهما، وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأي كلّ منهما، وهو حاصل إن لم يكن هنا آكد، فيكون شرط الانفراد رخصة لا تضييقاً[1].

وفي الرياض: «وهذا ظاهر العبارة والروضة، وهو حسن حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة، ومع هذا لو حصل لهما حال الاجتماع نظر مخالف له حالة الانفراد ينبغي القطع بالمنع؛ لجواز كون المصيب[2] حالة الانفراد، ولم يرض الموصي إلّا به»[3].

↑ ج ٢٨ / ٤١٢

قلت: كما أنّه ينبغي القطع بمراعاة الانفراد ـ وعدم التردّد في الرأي مجتمعين ـ مع اشتراط الانفراد الذي لم تقم قرينة على إرادة الرخصة منه، فإنّ ذلك بمنزلة ما لو نهاهما عن الاجتماع، فإنّه لا إشكال في اتّباعه؛ عملاً بمقتضى الوصيّة المنهي عن تبديلها[4]، والله هو العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿للموصى إليه أن يردّ الوصيّة﴾ وإن كان قد قبلها ﴿ما دام الموصي حيّاً، بشرط أن يبلغه الردّ﴾ كما أنّ للموصي عزل الوصي.

---

(١) في بعض النسخ: لا تضييق.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: هو.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٢٨.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٨١، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

بلا خلاف أجده في الثاني[١]؛ للأصل، والمعتبرة المستفيضة في جواز الرجوع في الوصيّة[٢] الشاملة ـ إطلاقاً في بعض، وفحوى في آخر ـ لمفروض المسألة.

بل وفي الأوّل من غير الصدوق في خصوص ما إذا كان الموصي أباً، أو كان الأمر منحصراً فيه ـ أي الموصى إليه ـ فلم يجز الردّ فيهما[٣]؛ لـ:

مكاتبة علي بن الريّان إلى أبي الحسن عليه‌السلام: «رجل دعاه والده إلى قبول وصيّته، هل له أن يمتنع من قبول وصيّته؟ فوقّع عليه‌السلام: ليس له أن يمتنع»[٤].

ومفهوم صحيح ابن يسار عن أبي عبد الله عليه‌السلام: «في رجل يوصى إليه؟ فقال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه»[٥].

---

(١) كما في رياض المسائل: (الهامش قبل السابق: ص ٣٢٩).

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٨ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٠٣.

(٣) ظاهر الفقيه ذلك، انظره: الوصيّة / باب الامتناع من قبول الوصيّة ج ٤ ص ١٩٥، كما أنّ في المقنع بعض المطلب، انظره: باب الوصايا ص ٤٧٩، ونقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٥.

(٤) الكافي: الوصايا / باب الرجل يوصي إلى آخر ح ٦ ج ٧ ص ٧، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٤ قبول الوصيّة ح ٦ ج ٩ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: باب ٢٤ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٢٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الامتناع من قبول الوصيّة ح ٥٤٤٦ ج ٤ ص ١٩٥، وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٦، و«التهذيب»: ح ٢ ص ٢٠٥، ووسائل الشيعة: باب ٢٣ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٣٢٠.

ونحوه غيره [١].

وعن المختلف الميل إليه، مؤيّداً للأوّل: بأنّ امتناع الولد نوع عقوق، والثاني: بأنّ من لا يوجد غيره يتعيّن عليه؛ لأنّه فرض كفاية، إلى أن قال: «وبالجملة: أصحابنا لم ينصّوا على ذلك، فلا بأس بقوله» [٢].

وفي الرياض: «وهو كذلك إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، ولا يمكن دعواه بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الردّ مطلقاً؛ لعدم تبادر المقامين منه جدّاً، ومنه يظهر الجواب عن إطلاقات النصوص بذلك أيضاً».

↑ ج ٢٨ / ٤١٣

«مضافاً إلى وجوب حمل المطلق على المقيّد، حيث تضمن شرائط الحجّيّة كما هنا» [٣].

قلت: لكن يعتبر فيه المقاومة، ولا ريب في عدمها هنا؛ لتعدّد نصوص الإطلاق واتّحاد خبر التقييد، واعتضاد الأوّل بإطلاق الفتاوى، الذي لا وجه لدعوى عدم شموله لذلك، خصوصاً بعد معلوميّة خلاف الصدوق عندهم، فيمكن حينئذٍ دعوى كون الإطلاق كالصريح فيما يخالفه.

والعقوق مبنيّ: على أمر الوالد له بذلك على وجهٍ يؤذيه عدم القبول، وعلى وجوب طاعة الولد له في مثل ذلك، وإن كان هو الظاهر؛

---

(١) تهذيب الأحكام: الوقوف / باب ٤ النحل والهبة ح ٣١ ج ٩ ص ١٥٩.

(٢) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٦.

(٣) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٣٠.

لإطلاق ما دلّ على وجوبها من الكتاب والسنّة، لكنّ محلّ البحث عدم قبول الوصيّة من حيث كونها كذلك، لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول، ويمكن حمل المكاتبة المزبورة على ذلك، بل لعلّه الظاهر منها، فتخرج حينئذٍ عن محلّ البحث.

ودعوى: أنّ مجرّد إيجاب الوصاية طلب للقبول على وجه الحتم، ممنوعة. على أنّ مقتضى ذلك تعميم الحكم للآباء وإن علوا، والأُمّهات وإن نزلن، وهو خلاف ظاهر القائل.

ثمّ إنّ الولد لو ردّ ـ حيث يأمره الوالد بالقبول ـ يأثم ولا يكون وصيّاً، أو أنّ ردّه كلا ردّ؟ وجهان، أقواهما الأوّل، ودعوى[1]: كون قبول الوصاية من فروض الكفاية كي يتعيّن مع الانحصار واضحة المنع، خصوصاً بعد قيام الحاكم بأمثال هذه الأمور. فالمتّجه حينئذٍ جواز الردّ مطلقاً مع الشرط المزبور.

قال الصادق عليه السلام في خبر محمّد بن مسلم: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيّته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار: إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل»[2].

وفي خبر منصور بن حازم: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن

---

(١) تقدّمت في كلام «المختلف» الآنف الذكر.

(٢) الكافي: الوصايا / باب الرجل يوصي إلى آخر ح ١ ج ٧ ص ٦، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الامتناع من قبول الوصيّة ح ٥٤٤٥ ج ٤ ص ١٩٥، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣١٩.

يقبلها طلب غيره»[١].

↑ ج ٢٨ / ٤١٤

إلى غير ذلك ممّا هو دالّ ـ منطوقاً أو مفهوماً ـ على جواز الردّ.

نعم، الظاهر أنّ المراد بالغيبة والحضور في النصوص المزبورة: الكناية عن بلوغ الردّ إليه وهو حيّ؛ للإجماع على عدم مدخليّة ذلك، وللتعليل في خبر منصور.

مؤيّداً ذلك كلّه: بفتاوى الأصحاب، وبالرضوي: «إذا أوصى رجل إلى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصيّة، وإن كان الموصى إليه غائباً ومات الموصي من قبل أن يلتقي مع الموصى إليه، فإنّ الوصيّة لازمة له»[٢].

نعم، في المسالك[٣] وكذا الرياض[٤]: «هل يشترط ـ مع بلوغ الموصي الردّ ـ إمكان إقامته وصيّاً غيره، أم يكفي مطلق بلوغه حيّاً؟ ظاهر الفتاوى الثاني، ومقتضى التعليل الأوّل؛ لأنّه إذا لم يمكنه نصب وصي آخر يكون بمنزلة ما لو لم يعلم بالردّ».

«والأجود: اعتبار الإمكان، كما يرشد إليه قوله عليه السلام: (لأنّه لو كان شاهداً...) إلى آخره، فإنّ العلّة المنصوصة تتعدّى على الأقوى،

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٣، و«الفقيه»: ح ٥٤٤٩ ص ١٩٦، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٣٢٠.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: باب ٥١ الوصيّة للميّت ص ٢٩٨، مستدرك الوسائل: باب ٢٢ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٤ ص ١١٠.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

(٤) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٣٠.

ولانتفاء الفائدة بدونه».

«فعلى هذا لو كان حيّاً ولكن لا يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصحّ الردّ، ولو أمكن ولكن كان المنصوب غائباً ـ بحيث يتوقّف ثبوت وصايته على البيّنة، ولم يحضر الموصي من يثبت به الوصاة[1] ـ ففي تنزيله منزلة عدم التمكّن من الوصاة[2] وجهان: من حصول أصل القدرة وتحقّق الشرط، ومن انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته».

قلت: لكن قد يناقش: بكون المنساق من التعليل إرادة بيان واقع فهو شبه الحكمة، لا أنّ المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره؛ ضرورة عدم لزوم طلب غيره، إذ قد لا يريد وصيّة غير هذا الذي ردّها، فاستصحاب بقاء الردّ بحاله حينئذٍ، من غير فرق بين المتمكّن وغيره من حيث البيّنة وغيرها، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو مات﴾ الموصي ﴿قبل الردّ، أو بعده ولم يبلغه، لم يكن للردّ أثر، وكانت الوصيّة لازمة للموصي﴾ بلا خلاف أجده فيه[3] فيما لو كان قد قبلها قبل الردّ، بل في المسالك[4] ومحكيّ المبسوط[5] والخلاف[6] والتذكرة[7]: الإجماع عليه.

(١ و٢) في بعض النسخ ـ كالمصدر ـ: الوصاية.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: الوصايا / في اللواحق ج ٢٢ ص ٥٧٤.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٧.

(٥) المبسوط: الوصايا / فيما يجوز للوصي أن يصنعه ج ٤ ص ٦٣.

(٦) الخلاف: الوصايا / مسألة ٢١ ج ٤ ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥١٢ (الطبعة الحجرية).

بل وإذا لم يكن قد قبلها، على المشهور بين الأصحاب[(١)]، بل عن صريح الغنية[(٢)] وظاهر الدروس[(٣)]: الإجماع عليه؛ لـ:

↑ ج ٢٨ / ٤١٥

ما سمعته من النصوص السابقة.

وخبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يوصي إلى رجل بوصيّة، فيكره أن يقبلها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذا الحال»[(٤)].

وخبر الفضيل عنه [عليه السلام] أيضاً: «في الرجل يوصى إليه؟ قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها»[(٥)].

إلى غير ذلك من النصوص المحمولة على التفصيل المزبور؛ لما عرفت.

خلافاً للفاضل في المختلف[(٦)] والتحرير[(٧)]: فجوّز الردّ أيضاً ـ بعد أن اعترف بنسبة عدم الجواز إلى الأصحاب كافّة ـ ومال إليه في

---

(١) كما في مسالك الأفهام: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٢) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصاية / درس ١٧٩ ج ٢ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٤) الكافي: الوصايا / باب الرجل يوصي إلى آخر ح ٥ ج ٧ ص ٦، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب الامتناع من قبول الوصيّة ح ٥٤٤٨ ج ٤ ص ١٩٦، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من كتاب الوصايا ح ٤ ج ١٩ ص ٣٢١.

(٥) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٤ قبول الوصيّة ح ٤ ج ٩ ص ٢٠٦، وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٥.

(٦) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٣٧.

(٧) تحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٧٩ـ ٣٨٠.

المسالك[١]؛ لـ:

الأصل المانع من إثبات حقّ على الموصى إليه على وجه قهري، وتسليط الموصي على إثبات وصيّته على من شاء.

ولاستلزام ذلك الحرج العظيم والضرر الكثير في أكثر مواردها، وهما منفيّان بالآية[٢] والرواية[٣].

ولعدم صراحة النصوص في الدلالة على المطلوب؛ لاحتمال حملها على الاستحباب أو سبق القبول... أو نحو ذلك ممّا لا بأس بحملها عليه، بخلاف إثبات مثل هذا الحكم العظيم ـ المخالف للأُصول العقليّة والشرعيّة بمثل ذلك.

وفيه: أنّ ذلك كلّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ؛ ضرورة الخروج عن الأصل المزبور بالدليل، من النصّ والإجماع وغيرهما.

والحرج والضرر مع فرض عدم إمكان تحمّلهما يسقط التكليف معهما، كما عن التنقيح التصريح به[٤]، وهو غير ما نحن فيه، وإلّا لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل.

وعدم الصراحة ـ لو سلّم ـ لا ينفي أصل الاستدلال؛ إذ أكثر الفقه مبنيّ على الظواهر.

والمحملان ـ لو سلّم إمكان الجميع لهما ـ إنّما يرتكبان بعد قوّة

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٨.

(٢) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب الوضوء ح ٥ ج ١ ص ٤٦٤.

(٤) التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٣.

المعارض، وليست، بل الأمر بالعكس كما عرفت.

وممّا ذكرناه في الحرج والضرر يعلم ما في المسالك؛ حيث إنّه ـ بعد أن مال إلى قول الفاضل ـ قال: «ولو حصل للوصي ضرر ديني أو دنيوي، أو مشقّة لا يتحمّل مثلها عادةً، أو لزم من تحمّلها ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه، قوي جواز الرجوع»[1].

ج ٢٨ / ٤١٦

وظاهره أنّه كذلك على القولين، إلّا أنّ المتّجه بناءً على عدم جواز الرجوع الاقتصار في الضرورة على قدرها، لا ردّ الوصيّة وفسخها، كما ستعرفه في مسألة العجز وغيره من نظائر المسألة.

بل في خبر إسماعيل قال: «سألت الرضا عليه السلام: عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه وأخويه، شهد الابن وصيّته وغاب الأخوان، فلمّا كان بعد أيّام أبيا أن يقبلا الوصيّة، مخافة أن يتوثّب عليهما ابنه، ولم يقدرا أن يعملا بما ينبغي، فضمن لهما ابن عمّ لهما ـ وهو مطاع فيهم ـ أن يكفيهما ابنه، فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، وقد اشترطا عليه ابنه، فقالا: نحن براء من الوصيّة، ونحن في حلّ من ترك جميع الأشياء والخروج منه، أيستقيم أن يخلّيا عمّا في أيديهما ويخرجا منه[2]؟ فقال: هو لازم لك، فارفق على أيّ الوجوه كان، فإنّك مأجور لعلّ[3] ذلك يحلّ بابنه»[4] إيماء إليه، بناءً على أنّ الخطاب فيه

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) كذا في الكافي، وفي التهذيب بدل «ويخرجا منه»: وعن خاصّته.

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقةً للتهذيب ـ: ولعلّ.

(٤) الكافي: الوصايا/باب النوادر ح ١٤ ج ٧ ص ٦٠، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٩ ج ٩ ص ٢٣٤، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من كتاب الوصايا ح ٦ ج ١٩ ص ٣٢١.

لأحد الوصيّين.

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار اللفظ أو ما يقوم مقامه في إفادة إنشاء الردّ، فلا يكفي فيه مجرّد عدم الرضا الباطني، نحو ما سمعته في إجازة الفضولي ونحوها، مع احتماله، إلّا أنّ الأوّل هو الأقوى؛ للأصل المقتصر في انقطاعه على المتيقّن.

ومنه يعلم: صحّة الوصيّة لمن يعلم عدم رضاه بقبولها لو علم بها مع إخفائها إلى أن مات الموصي.

بل لو ردّها على وجهٍ يعلم منه استمراره على معنى الردّ، ثمّ أوجب الموصي بعد الإيجاب المردود، ثمّ أخفاه إلى أن مات، اتّجه لزومها له؛ لعدم العبرة بما في نفسه.

بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضي الردّ مع عدم علمه بالإيجاب، لكن يقوى في النظر خلافه، فتأمّل جيّداً؛ فإنّي لم أجد تحريراً لذلك في كلماتهم.

﴿ولو ظهر من الوصيّ عجز﴾ عن الاستقلال بإنفاذ الوصيّة، لكبر أو هرم... أو غير ذلك من موانع الاستقلال ولو على جهة التوكيل والاستئجار ﴿ضُمّ إليه مساعد﴾ ولا ينعزل بذلك، بلا خلاف أجده فيه[1]، بل عن التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]: الإجماع عليه.

---

(١) ينظر المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٢، والسرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٠، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٣، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الرابع ص ١٨١، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥١١ (الطبعة الحجرية).

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٩٦.

بل الظاهر جواز الوصاية للعاجز ابتداءً، كما عن التذكرة نسبته إلى أصحابنا[١]. وفي القواعد وإن ذكر «كفاية الوصي واهتداؤه إلى ما فوّض إليه» في شرائطه[٢]، لكنّه صرّح بإرادة شرطيّة ذلك في الاستقلال دون أصل الوصيّة، وكذا شارحه الكركي[٣].

نعم، في الدروس: «سابعها ـ أي الشرائط ـ: كفاية الوصي، فلو أوصى إلى هرم يعجز عن التصرّف، أو إلى مريض مدنف، أو إلى سفيه، ففي بطلانها من رأس، أو صحّتها ويضمّ إليه الحاكم مقوّماً، نظر، ينشأ: من وجوب العمل بقوله ما أمكن، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصيّة»[٤].

لكن قال: «ولو عرض العجز في الأثناء ضمّ الحاكم إليه قطعاً، ولا ينعزل»[٥].

وفيه: أنّ عدم انعزاله بالتجدّد يقتضي عدم مانعيّته في الابتداء، وأنّه يمكن أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير ولكنّه عاجز عن الاستقلال، فيفوّض إليه الموصي أمره لذلك، ويعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معيناً؛ لتحصل الفائدة المطلوبة من الوصيّة، ويسلم من تبديلها المنهي عنه[٦].

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٥.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٧٩.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٣.

(٥) المصدر السابق.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٨١، وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٣٣٧.

بل قد يفرض غير ذلك من الأغراض والفوائد على وصايته وإن كان عاجزاً نظراً وتدبيراً، فضلاً عن عجز المباشرة بنفسه أو بغيره.

وبالجملة: عمومات الوصاية وإطلاقاتها تقتضي جواز الوصاية لمثل ذلك، والأغراض الباعثة عليه كثيرة، ولا يحتاج إلى تقسيم العجز إلى أقسام، وكثرة الكلام في تشقيقه على وجهٍ لا فائدة فيه.

إنّما البحث: في أنّ هذا الضمّ باعتبار قصور ولايته، فتكون الولاية التامّة مشتركة بينه وبين الحاكم الذي تكون له الولاية خاصّة بعد فقد الوصي، أو أنّ الولاية بتمامها للوصي ولكن يضمّ إليه مساعداً على ما كلّف به؟

وجهان، بل قد يقوى في النظر الثاني؛ لعدم معهوديّة شركة الحاكم وغيره في الولاية، بل حال الوصي حال الأب العاجز مثلاً، فإنّ الظاهر عدم شركة الحاكم له وإن ضُمّ إليه مساعد أيضاً.

بل إن لم يقم إجماع على اعتبار الضمّ من الحاكم، أمكن القول بوجوبه كفايةً على الناس؛ للأمر بالمعاونة على البرّ والتقوى[1] وغيره ممّا دلّ على ذلك، ويكون ذلك هو النكتة في بناء الضمّ للمجهول في المتن، لا ما في المسالك: من أنّه اتّكالاً على المعلوم من قيام الحاكم بهذه الوظائف، ولبيان أنّه مع عدم التمكّن من الحاكم يقوم عدول المؤمنين مقامه في هذا الضمّ، كما يقومون مقامه في غيره من ولاياته[2].

↑ ج ٢٨ / ٤١٨

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٥٩.

وممّا ذكرنا يعلم: أنّ الوجه مع زوال العجز يستقلّ الوصي، وليس للمساعد مشاركته قهراً، وإن قال في جامع المقاصد: «إنّ في ذلك وجهين»(١).

كما أنّه علم ممّا ذكرنا: حال العجز ابتداءً وفي الأثناء، بل لعلّ قول المصنّف: «ولو ظهر...» ظاهر في الأوّل، ويمكن شموله لهما معاً.

وكذا علم: حال العجز عن النظر والتدبير ـ أو عن المباشرة وعن التوكيل والاستئجار ـ وعدمه، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ ذلك كلّه غير محرّر في كلماتهم، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ ﴿إن ظهر منه﴾ أي الوصي ﴿خيانة﴾ في وصيّته ﴿وجب على الحاكم عزله، ويقيم مكانه(٢) أميناً﴾.

بل في المسالك: «إنّما يتوقّف على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته، فللحاكم حينئذٍ أن يعزل الخائن؛ مراعاةً لحقّ الأطفال وأموال الصدقات ونحوهما، أمّا إذا اشترطنا عدالته فإنّه ينعزل بنفس الفسق وإن لم يعزله الحاكم، وقد تقدّم مثله».

«ولعلّ المصنّف يريد بعزل الحاكم له منعه من التصرّف، أو ما هو أعمّ منه ومن مباشرة عزله فيجري على المذهبين؛ إذ لم يتقدّم منه ترجيح لأحد المذهبين»(٣) انتهى.

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٨٠.

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: مقامه.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٠.

وظاهره أنّ الخيانة في الوصيّة غير باقي أسباب الفسق، فإنّ الحاكم يعزله وإن لم يشترط العدالة في الوصي.

ولعلّ وجهه: ما سمعته سابقاً في أوّل الشرائط من خبر الدعائم[١]، وأنّ ظاهر حال الموصي ملاحظة أمانته في تنفيذ وصاياه، فمع فرض خيانته في ذلك لا ولاية له من الموصي، فهو كما لو أوصى إلى عدل من حيث عدالته ففسق، فإنّه لا وصاية له وإن لم نقل باشتراط العدالة.

لكن قد يشكل ذلك: فيما إذا علم الموصي بحاله ومع ذلك قد أوصاه فيما له الوصاية عليه وإن كان خائناً.

ويشكل أيضاً: في اقتضاء ذلك انعزاله حتّى فيما لم يخن فيه، فيضمن حينئذٍ كلّ وصيّة أنفذها على وجهها بعد الخيانة.

بل قد يشكل: أصل عزله بذلك، بل أقصاه منع الحاكم له في استقلاله بالتصرّف، فيجعل عليه ناظراً منفّذاً للوصايا معه على وجهها.

اللّهمّ إلّا أن يفهم من الموصي اشتراط وصايته بأمانته وأنّه متى خان لم يكن وصيّاً، وحينئذٍ يتّجه منع الحاكم له ولا يحتاج إلى عزل، وكذا الوكيل.

ولعلّ التمسّك بأصالة بقاء حكم الوصي عليه هو المتّجه، فإنّه كالوكيل في المعنى، بل هو أقوى ولايةً، ولم يثبت ما يقتضي انعزال الوكيل بمجرّد خيانته حتّى لو جاء بباقي ما وكّل فيه على وجهه، فضلاً

---

(١) تقدّم في ص ٨١٥ ـ ٨١٦.

عن الوصي، وخبر الدعائم[1] يمكن إرادة زوال الاستقلال بالتصرّف فيه بالنسبة إلى الخيانة.

↑ ج ٢٨ / ٤١٩

فالمتّجه حينئذٍ عدم بطلان وصايته، وأولى منه بذلك المجتهد والأب والجدّ الذين ولا يتهم من الشارع، فلا ترتفع بذلك ونحوه، وإن منعوا من التصرّف مستقلّين حتّى يتوبوا، فإن تابوا رجعوا إلى حالهم الأوّل، ولعلّ الوصي كذلك أيضاً.

نعم، لو قلنا بانفساخ إيجاب الوصيّة بذلك كان المتّجه عدم عودها؛ لعدم المقتضي، إلّا أن يفهم من الموصي ذلك، وهو خارج عمّا نحن فيه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿الوصيّ أمين﴾ بلا خلاف أجده فيه[2] ـ بل في جامع المقاصد: نفيه بين أهل الإسلام[3] ـ ولا إشكال؛ ضرورة كون استيلاء يده على ما أُوصي عليه بإذن مالكيّة وشرعيّة، فلا يكون إلّا أميناً.

وحينئذٍ فـ﴿لا يضمن ما يتلف﴾ في يده ﴿إلّا﴾ ما كان ﴿عن مخالفته لشرط الوصيّة أو تفريط﴾ كما هو الحال في كلّ أمين، وإطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك، ومنه ما استفاضت

---

(١) تقدّم في ص ٨١٥ ـ ٨١٦.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٠، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصاية ج ٢٢ ص ٥٨١.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٨٥.

النصوص بضمانه بتبديله الوصيّة؛ كـ:

الصحيح: «عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستّمائة درهم من ثلثه، فانطلق الوصي وأعطى الستّمائة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال عليه السلام: أرى أن يغرم الوصي من ماله ستّمائة درهم ويجعل الستّمائة فيما أوصى به الموصي»[1].

وربّما كان فيه إيماء إلى عدم انعزال الوصي بالخيانة، اللّهمّ إلّا أن يكون ذلك ليس منها، بل هو شيء قد فعله الوصي بجهله بتخيّل أنّه أنفع للميّت، ولكن حيث كان تبديلاً للوصيّة لم يمض ووجب عليه الضمان.

وكأنّ المصنّف أراد بمخالفة شرط الوصيّة ما يشمل التعدّي كما اعترف به في المسالك، قال: «فإنّه إذا لبس الثوب ـ مثلاً ـ فقد خالف شرط الوصيّة؛ لأنّ مقتضاها حفظ مال الطفل، أو بيعه وصرفه في الجهة المأمور بها... ونحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصيّة، ومثل ذلك ركوب الدابّة وغير ذلك».

«هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ما له من الولاية بحيث لا يتمّ بدونه، كما لو ركب الدابّة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب، أو دخل داره لإصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع

---

(١) الكافي: الوصايا / باب أنّ الوصي إذا كانت الوصيّة ح ٣ ج ٧ ص ٢٢، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٨ وصيّة الإنسان لعبده ح ٣٧ ج ٩ ص ٢٢٦، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٣٤٨.

عنه الدود... ونحو ذلك»[١] انتهى.

والظاهر أنّه من التفريط: التكاسل في أمر الوصيّة، والتهاون، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٤٢٠

﴿ولو كان للوصيّ﴾ على وفاء الديون أو على ما يشمله على وجهٍ له التخيير في جهات القضاء ﴿دين على الميّت﴾ الذي هو وصيّه على الوجه المزبور ﴿جاز أن يستوفي﴾ دينه ﴿ممّا في يده من غير إذن الحاكم[٢]، إذا لم يكن[٣] له حجّة﴾ على إثبات حقّه ﴿و﴾ دينه.

بل الأقوى ما ﴿قيل[٤]﴾ من أنّه: ﴿يجوز مطلقاً﴾ أي سواء كان له حجّة أو لا، وعن الشهيدين اختياره[٥]؛ لأنّ فائدتها احتمال كذب المدّعي والمفروض عدمه، كما أنّ المفروض وصايته على الوفاء على وجهٍ له التخيير في جهات القضاء، فلم يكن إشكال في استيفائه؛ ضرورة أولويّته ممّا حكي[٦] الاتّفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الأجنبي كذلك.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٠.

(٢) في نسخة الشرائع: حاكم.

(٣) في نسخة المسالك: لم تكن.

(٤) كما في السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٢.

(٥) الدروس الشرعيّة: الوصاية / درس ١٧٩ ج ٢ ص ٣٢٦، مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦١.

(٦) كما في رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ص ٣٣٦، وظاهر الحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصاية ج ٢٢ ص ٥٨٦.

ولا يشكل ذلك بـ:

الأصل.

وموثّق يزيد[١] بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ، فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل، وذكر الذي أوصى أنّ له قِبل الذي أشركه في الوصيّة خمسين ومائة درهم، وعنده رهن بها جام[٢] فضّة، فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصي يدّعي أنّ له قبله أكرار حنطة؟ قال: إن أقام البيّنة وإلاّ فلا شيء له. قال: قلت له: أيحلّ له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً؟ قال: لا يحلّ له. قلت: أرأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله، فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أكان ذلك له؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا»[٣].

لانقطاع الأصل بما عرفت، وخروج الموثّق عن الفرض؛ باعتبار الاشتراك في الوصيّة على وجهٍ ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرّف من دون إذن الآخر، الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات.

مع أنّه لم يُعلم الوصاية فيه على وفاء الدين، والمقاصّة ـ مع عدم علم المقتصّ منه وكون امتناعه على الشرع ـ غير مشروعة، وإنّما موضوعها نحو ما في الخبر: الأخذ من مال من عدا عليك وأخذ من

(١) في المصادر: بريد.

(٢) الجام: طبق أبيض من زجاج أو فضّة. المغرب: ص ٦١ (جوم).

(٣) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ١ ج ٧ ص ٥٧، من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب نوادر الوصايا ح ٥٥٦٠ ج ٤ ص ٢٣٤، وسائل الشيعة: باب ٩٣ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢٨.

مالك، المندرج في قوله تعالى: «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[١]، ومن هنا قال عليه السلام: «إنّ هذا ليس مثل ذاك».

ومن ذلك يعلم أيضاً: الفرق بين موضوع الفرض وبين الأجنبي الذي له دين؛ ضرورة كون الفرض أنّ الديّان الوصي الذي له الولاية على وفاء الدين بأيّ فردٍ شاء من أفراد التركة، بخلاف الأجنبي، فإنّه لا ولاية له على ذلك؛ ولذا جعل الأصحاب موضوع المسألة: الوصي.

↑ ج ٢٨ / ٤٢١

نعم، قد استدلّ بعض الناس[٢] له: بالمقاصّة، وبأنّه محسن في استيفاء الدين و«ما على المحسنين من سبيل»[٣]، ومقتضاهما عدم الفرق بين الأجنبي والوصي في ذلك.

ويتأتّى البحث حينئذٍ في اشتراط المقاصّة بإذن الحاكم وعدمه مع اختلاف الجنس أو مطلقاً، وبعدم التمكّن من قيام البيّنة وإمكانه، وإن كان قد يقوى في النظر: عدم اشتراط شيء من ذلك في الممتنع؛ عملاً بإطلاق أدلّة المقاصّة، من غير فرق بين المديون نفسه ووارثه؛ لإطلاق أدلّة المقاصّة.

وكذا من تعذّر له الوصول إلى حقّه لعدم البيّنة المثبتة مثلاً وإن لم يكن امتناع، فإنّه يرجح حقّه على غيره بقاعدة نفي الضرر[٤] والعسر

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦١.

(٣) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٤) تقدّم في ص ٤٤٣.

والحرج [1] ونحوها .

أمّا غير الممتنع الذي يتمكّن صاحب الحقّ من إثبات حقّه عليه فقد يشكل مقاصّته من غير إذنه ؛ باعتبار اقتضائها إسقاط حقّه من تخيير الوفاء بأيّ جنس شاء ، من غير فرق ـ أيضاً ـ بين المديون ووارثه .

ولعلّه لذا فصّل المصنّف هنا والحلّي [2] والفاضل [3] فيما حكي عنهما بين صورتي العجز عن الإثبات وعدمه ، فيقتصّ في الأوّل دون الثاني .

وهو جيّد ، لكنّك قد عرفت أنّ موضوع المسألة هنا : الوصي ، الذي قد عرفت عدم جريان هذا التفصيل فيه ؛ باعتبار ولايته على استيفاء الدين على وجهٍ له التخيير .

اللّهمّ إلّا أن يكونوا جعلوا موضوعها : الوصي المساوي للأجنبي ، وهو الذي لم يجعل وصيّاً على وفاء الدين ، فيتّجه حينئذٍ لهم هذا التفصيل .

بل لعلّ منه أيضاً : الوصي على وفاء الدين الذي لم يجعل التخيير في الوفاء إليه ، فإنّه حينئذٍ كالأجنبي .

بل لعلّ من أُطلقت وصايته على وفاء الدين كذلك ؛ فإنّ الإطلاق لا يقتضي تخييره في الأفراد من غير إذن الوارث ، فيبقى حقّه في التخيير .

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٥، سورة الحج: الآية ٧٨ .

(٢) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٢.

(٣) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٩.

ومن ذلك كلّه يعلم لك الحال في جميع شقوق المسألة ، كما أنّه يعلم لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض[١] ، مع أنّـه لم يأت بشـيء كـما لا يخفى على من لاحظه ، والله العالم والموفّق .

ج ٢٨ / ٤٢٢

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿في شرائه﴾ أي الوصي ﴿لنفسه من نفسه﴾ باعتبار ولايته على المال الذي يريد شراءه بالوصاية ، من غير فرق بين كونه مال طفل أو غيره ﴿تردّد﴾ وخلاف :

فالمشهور[٢] على الأوّل ؛ لوجود المقتضي ـ الذي هو صدور العقد من أهله في محلّه ، فتشمله العمومات والإطلاقات ـ وانتفاء المانع ؛ إذ لم يثبت اشتراط التغاير الحقيقي بين الموجب والقـابل ، بـل مـقتضى العمومات نفيه ، ولذا جاز شراء الأب من مال ولده ، وجاز في النكاح الذي هو أعظم من هذا المقام ، مع أنّه يمكن فرضه في التوكيل عن نفسه أو عمّن هو وليّ عنه .

اللّهمّ إلّا أن يلتزم الخصم بجواز مثل ذلك ، أو بمنع[٣] كـونه تـعدّداً حقيقيّاً ؛ ضرورة كون لفظ الوكيل لفظ المـوكّل ، فـالعمدة فـي الدليـل الأوّل .

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٣٥...

(٢) نقلت الشهرة في رياض المسائل: (الهامش السابق: ص ٣٣٨).

وينظر النهاية: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤٤، والمهذّب: الوصايا / الإيـصاء للحاضر والغائب ج ٢ ص ١١٨، ومختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٥، وجامع المقاصد: الوصـايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٨٧.

(٣) في بعض النسخ: يمنع.

مضافاً إلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر، وفيه: «هل للوصي أن يشتري من مال الميّت إذا بيع فيمن زاد، يزيد ويأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحاً»[١].

وقيل كما عن الخلاف[٢] والحلّي[٣]: لا يجوز؛ لوجوب التغاير بين الموجب والقابل، وهو مفقود، وقياسه على شراء الأب من مال ولده قياس.

ولما عن ابن مسعود من «أنّ رجلاً أوصى إلى رجل ببيع فرس له، فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك»[٤]. وفي محكيّ الخلاف ـ بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود ـ قال: «ولا يعرف له مخالف»[٥].

وللأخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه[٦]، الذي هو بمنزلة الوصي.

وفيه: منع اعتبار التغاير حقيقةً كما هو مقتضى الإطلاقات

---

(١) الكافي: الوصايا / باب النوادر ح ١٠ ج ٧ ص ٥٩، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٤٣ ج ٩ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: باب ٨٩ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٢٣.

(٢) الخلاف: الوكالة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٣٤٦.

(٣) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٣.

(٤) المجموع: ج ١٤ ص ١٢٤، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٢٣٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٢٢٢.

(٥) الخلاف: الوكالة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٣٤٧.

(٦) وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب آداب التجارة ج ١٧ ص ٣٩١.

والعمومات ، فيكفي حينئذٍ التغاير الاعتباري ، نحو : ما في شراء الأب من مال ولده الصغير الثابت بالإجماع حتّى من الخصم ، وكذا النكاح ، بل عن الطوسي : دعوى الإجماع على الاكتفاء به فيه [١].

والاستدلال بهما على المطلوب ليس من القياس ، بل من اتّحاد طريق المسألتين ، بل لعلّ المقام أولى من النكاح في الجواز ، ولا أقلّ من أن يكون ذلك عاضداً للإطلاقات والعمومات ، وكاشفاً عن إرادة العموم منها على وجهٍ يشمل ذلك .

وخبر ابن مسعود ـ بعد أن لم يكن مسنداً [٢] إلى من يجب اتّباعه ـ لا حجّة فيه ، وعدم وجدان المخالف له لا يصيّره إجماعاً .

ج ٢٨ / ٤٢٣

وأخبار الوكيل ـ بعد فرض القول بها فيه ـ يمكن الفرق بينه وبين الوصي : بثبوت الولاية للثاني ، بخلافه .

﴿و [٣]﴾ قد ظهر من ذلك كلّه : أنّ ﴿الأشبه [٤]﴾ بأُصول المذهب وقواعده ﴿الجواز﴾ لكن ﴿إذا أخذ﴾ أي الوصي ﴿بالقيمة العدل﴾ ولم يكن ثمّة من يزيد عليه؛ لوجوب مراعاة المصلحة في ذلك، خصوصاً بعد قوله تعالى : «ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن» [٥].

وقد تقدّم تمام الكلام في باب البيع والرهن والحجر وغيرها في

---

(١) الخلاف: النكاح / مسألة ٥٦ ج ٤ ص ٢٨٨.

(٢) في بعض النسخ: مستنداً.

(٣) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: أشبهه.

(٥) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

هذه المسائل، وفي جواز اقتراض الولي المال مع الملاءة والرهن وعدمهما، فلاحظ وتأمّل، والله هو العالم.

﴿وإذا أذن الموصي للوصيّ أن يوصي﴾ على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق أو غير ذلك ﴿جاز إجماعاً﴾ بقسميه[1]؛ لعموم: «من بدّله»[2] وغيره، فيكون حينئذٍ وصيّاً عن الوصي لا عن الموصي، فيجوز له الرجوع عنه ما دام حيّاً.

وهل يجوز نصب وصي عن الموصي مع التصريح من الموصي بذلك؟ وجهان: لا يخلو أوّلهما من قوّة.

وعلى كلّ حال، لا إشكال في الجواز في الجملة مع الإذن، كما أنّه لا يجوز له ذلك إذا نهاه لذلك أيضاً ﴿و﴾ إنّما الخلاف فيما ﴿إذا[3] لم يأذن له﴾ و﴿لكن لم يمنعه﴾ أيضاً﴿فهل له أن يوصي﴾ على ما بقي من وصايا الميّت أو جميعها إن لم يكن قد أنفذ منها شيئاً؟ ﴿فيه خلاف﴾ بين الأصحاب:

﴿أظهره المنع﴾ وفاقاً للأكثر[4]؛ لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت

---

(١) انظر تحرير الأحكام: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٨٢، وغاية المراد: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٥٠٣، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٧، وغاية المرام: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٤٤٣، ومسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٣، والحدائق الناضرة: الوصايا / في الوصاية ج ٢٢ ص ٥٨٧.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٣) في نسخة الشرائع: إن.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٣.

←

على ذلك ؛ إذ الفرض عدم ظهور عبارة الموصي في ذلك ، بل قيل : «إنّ المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله الذي هو بمنزلته ومجبور عمله بنظره ومندرج في وصايته ، دون الإيصاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته ، الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الإذن من الموصي الأوّل فيه ، فضلاً عمّا يقتضي عدمها[1].

خلافاً للشيخ[2] وابني الجنيد[3] والبرّاج[4]: فجوّزوا الإيصاء له ؛ لأنّ الاستنابة من جملة التصرّفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص.

ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه ، فيثبت له من الولاية ما يثبت له ، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت.

↑ ج ٢٨ / ٤٢٤

ومكاتبة الصفّار في الصحيح إلى أبي محمّد الحسن عليه السلام : «رجل كان وصيّ رجل ، فمات وأوصى إلى رجل ، هل يلزم الوصي وصيّة الرجل الذي كان هذا وصيّه؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقّه إن كان له قبله

← واختاره في المقنعة: الوصيّة / باب الوصيّ يوصي إلى غيره ص ٦٧٥، والكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٦، والسرائر: الوصايا / المقدّمة، وباب الأوصياء ج ٣ص ١٨٥ و١٩١ ـ ١٩٢، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٤، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الرابع ص ١٨١.

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٣ (بتصرّف).

(٢) النهاية: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤١.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٧.

(٤) المهذّب: الوصايا / الإيصاء للحاضر والغائب ج ٢ ص ١١٧.

حقّ إن شاء الله»[١].

بناءً على أنّ المراد: حقّ الإيمان؛ على معنى: أنّه يلزمه الوفاء بحقّه إن كان مؤمناً، فإنّ الله قد عقد الأُخوّة بين المؤمنين، وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه، فضلاً عن إنفاذ وصيّته التي هي أهمّ من ذلك.

أو أنّ المراد: يلزم الوصي الثاني أن ينفّذ وصيّة الموصي الأوّل بسبب حقّه الذي على الوصي الثاني؛ لأنّه كان له ـ أي للأوّل ـ عليه حقّ من حيث الوصيّة، فيلزم الثاني إنفاذ كلّ حقّ على الأوّل، فينبغي قراءتها «أن» بفتح الهمزة حتّى يكون منصوباً بنزع الخافض على الوجه الذي ذكرناه.

وفيه: أنّ الأوّل مصادرة، بل والثاني، والصحيح محتمل لذلك ولإرادة الوصيّة إليه بأن يوصي من حقّه؛ على أن يكون ضمير «حقّه» راجعاً إلى الموصي الأوّل، فيكون الحاصل: أنّ الوصيّة تلزم الوصي الثاني بحقّ الأوّل إن كان له ـ أي للأوّل ـ قبله ـ أي الوصي الأوّل ـ حقّ؛ بأن يكون قد أوصى إليه بأن يوصي له إذا حضرته الوفاة، فإنّه حينئذٍ يكون له حقّ الإيصاء عليه، فإذا أوصى بها لزمت الوصي الثاني، ومع تطرّق الاحتمال يبطل الاستدلال.

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / باب ما يجب على وصيّ الوصي ح ٥٥٣٥ ج ٤ ص ٢٢٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ١٧ الوصي يوصي ح ١ ج ٩ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: باب ٧٠ من كتاب الوصايا ح ١ ج ١٩ ص ٤٠٢.

بل في الرياض أنّ «الذي يظهر منها بعد تعمّق النظر فيها: كون المراد بالسؤال أنّ الوصي أوصى إلى الغير فيما يتعلّق به وجعله وصيّاً لنفسه، فهل تدخل في هذه الوصيّة وصيّة الموصي الأوّل فيلزم الوصي الثاني العمل بها أيضاً، أم لا؟ فكتب الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها؛ لكونها على هذا التقدير مجملة».

«ومقتضاها حينئذٍ: أنّه إن كان للموصي الأوّل قبله ـ أي الموصى الثاني ـ حقّ من جهة وصيّته إليه بالإيصاء لزمه الوفاء به، وإلّا فلا، ويكون المراد بالحقّ: حقّ التوصية إلى الوصي الثاني، بأن صرّح بالوصيّة».

«فيرجع حاصل الجواب: إلى أنّ وصيّة الأوّل لا تدخل في إطلاق وصيّة الموصي الثاني إلّا أن يصرّح به، وهو ـ كما ترى ـ غير مورد النزاع».

↑ ج ٢٨ / ٤٢٥

«وإطلاقها وإن شمله إلّا أنّه لا عبرة به بناءً على ظهور وروده لبيان حكم غيره، فيكون الخبر بالنسبة إلى مورد النزاع ـ من جواز وصيّة الوصي إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصي وعدمه ـ مجملاً محتملاً لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتيقّن المجمع عليه، وهو صورة الإذن فيها لا مطلقاً»[1].

وإن كان هو ـ كما ترى ـ من صعوبة تطبيق الجواب حينئذٍ على السؤال.

---

(١) رياض المسائل: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

وقد يحتمل قراءة «قبل» ظرفاً؛ على أن يكون الحاصل: أنّ الوصي الثاني يلزمه القيام بحقّ الموصي الأوّل إن كان له قبل الإيصاء إلى الثاني حقّ على وصيّة الأوّل؛ بأن أوصى إليه بالإيصاء إذا حضرته الوفاة، أمّا إذا لم يكن كذلك فإنّه لا يلزمه؛ لعدم الحقّ له حينئذٍ على الوصي الأوّل، بل قد يحتمل غير ذلك ممّا لا يفيد الخصم.

ولو سلّم عدم رجحان شيء ممّا ذكرناه من الاحتمال بالشهرة ونحوها، فلا أقلّ من المساواة المقتضية للإجمال المسقط للخبر عن الحجّيّة، فلا دليل يعتدّ به للخصم.

واحتمال الاستدلال له: بأنّه يكفي في الجواز عموم الوصيّة، الذي يكفي في تناولها عدم النهي من الموصي عن الإيصاء بعد أن أثبت له حقّ الوصيّة، الذي لم يعلم ثبوته له على وجهٍ يصحّ له الإيصاء به وعدمه، فإذا أوصى شملته العمومات، كما في الشكّ في كلّ مورد من موارد العقود.

يدفعه: عدم العموم الصالح لمشروعيّة نحو ذلك ممّا هو تصرّف في مال الغير الموقوف على إذنه، فهو شبه توكيل الوكيل عن نفسه من غير نصّ من الموكّل على ذلك، تمسّكاً بعمومات الوكالة، الذي قد علم فساده في محلّه؛ باعتبار معلوميّة توقّف مثل هذا التصرّف على الإذن من المالك، فلا يشمله العمومات، وبعينه آتٍ في المقام.

كما أنّ به يفرّق: بينه وبين موارد العقود المشكوك في تناول العقد

لها، وأنّه لا يكفي[١].

ويعلم: عدم كفاية عدم[٢] النهي في جواز الإيصاء، بل لابدّ من الإذن كما هو واضح بأدنى تأمّل في الولي الذي ولايته بحسب تولية غيره إيّاها، والفرض عدم خطاب منه يقتضي العموم، وإلّا كان خروجاً عن البحث. فدعوى اقتضاء عموم: «من بدّله»[٣] تناول ذلك كما ترى.

على أنّ المنساق من الوصيّة: عهد الإنسان فيما يتعلّق به، لا ما يشمل الغير الذي لم تثبت ولايته عليه في هذا الحال، وبذلك يفرّق بين وصاية الأب والجدّ وبين وصاية الوصي، مضافاً إلى ما دلّ على صحّة الوصاية منهما على الطفل ـ مثلاً ـ بخلافه.

↑ ج ٢٨ / ٤٢٦

بقي شيء تقدّمت الإشارة إليه في الجملة، وهو: أنّه هل يكفي في صحّة وصيّة الوصي بما أُوصي إليه وقوع ذلك منه حملاً لفعل المسلم على الوجه الصحيح الذي هو الإذن له في ذلك، أو لابدّ من ثبوت الإيصاء بذلك بطريق شرعي، فلا يكفي دعواه فضلاً عن مجرّد فعله؛ لأنّ الشكّ في الشرط شكّ في المشروط، وأصالة الصحّة لا تجدي في إثبات شغل ذمّة الغير؟

وجهان، بل مقتضى التفصيل في الصحيح المزبور ـ بناءً على ما قلناه في مقابلة القائل بالجواز ـ الثاني، والله العالم.

---

(١) «وأنّه لا يكفي» لم ترد في بعض النسخ.

(٢) في بعض النسخ بدلها: انتفاء.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨١.

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد ظهر لك: بطلان إيصاء الوصي من دون إذن، فإذا مات الوصي ﴿يكون النظر بعده﴾ حينئذٍ ﴿إلى الحاكم﴾ الذي هو وليّ من لا وليّ له، أو نائبه الخاصّ أو العامّ.

﴿وكذا لو مات إنسان ولا وصيّ له﴾ ولا وليّ إجباريّ، وله أطفال ووصايا... وغير ذلك ممّا يحتاج إلى الولي ﴿كان للحاكم النظر في تركته﴾ بالوجوه الشرعيّة، بل الظاهر وجوبه عليه، بل لعلّه المراد من الجواز في مثل المقام.

﴿ولو لم يكن هناك حاكم، جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به﴾ على ما هو المشهور بين الأصحاب[١] من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك؛ للمعتبرة المستفيضة، المؤيّدة: بما دلّ على الحسبة[٢]، وحسن الإحسان[٣]، وولاية المؤمنين بعضهم على بعض[٤]... وغير ذلك.

ولكن مع ذلك قال المصنّف وغيره[٥]: ﴿وفي هذا تردّد﴾ بل عن

---

(١) كما في غاية المرام: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٤٤٤.
واختار ذلك في النهاية: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٤٤، والمهذّب: الوصايا / الإيصاء للحاضر والغائب ج ٢ ص ١١٨، وإرشاد الأذهان: الوصايا / في الأوصياء ج ١ ص ٤٦٤، واللمعة الدمشقيّة: الوصايا / الفصل الرابع ص ١٨١، والتنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢، وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٤٢١.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٥، سورة المائدة: الآية ٩٣، سورة التوبة: الآية ٩١.

(٤) سورة التوبة: الآية ٧١.

(٥) كالعلّامة في التحرير: الوصايا / في الأوصياء ج ٣ ص ٣٨٢.

ابن إدريس: التصريح بعدم الولاية لهم على ذلك[١]؛ للأصل. وفيه: أنّه مقطوع بما عرفت.

بل لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل، وإن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبة لا مطلقاً، بل ربّما احتمل ذلك في العدل، وظنّي أنّه لا يخالف فيه ابن إدريس وإن نفى الولاية عنهم، لكنّ مراده نفيها على حسب ولاية الأب والجدّ والحاكم لا مطلقاً، وحينئذٍ يرتفع النزاع على هذا التقدير. اللّهمّ إلّا أن يمنع تقييد ولاية العدل بالحسبة، وهو قويّ أيضاً؛ عملاً بإطلاق النصوص الظاهرة في الولاية والنصب، التي لا وجه لاحتمال كون ذلك فيها إذناً من الحاكم في بعض الخصوصيّات؛ ضرورة أنّه لا يخفى على من تأمّلها ظهورها في الإذن العامّ الذي هو من قبيل الأحكام الشرعيّة، بل من قبيل نصب الفقيه الجامع للشرائط.

↑ ج ٢٨ / ٤٢٧

ففي خبر إسماعيل بن سعد الأشعري قال: «سألت الرضا عليه السلام: عن رجل مات بغير وصيّة، وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً، وترك جواري ومماليك، هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: نعم. وعن الرجل يموت بغير وصيّة وله ولد صغار وكبار، أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولّاه قاضٍ قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة، أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان

---

(١) السرائر: الوصايا / باب الأوصياء ج ٣ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»[١].

وخبر محمّد بن إسماعيل قال: «مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبد الحميد القيّم بماله، وكان الرجل خلّف ورثةً صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ ـ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي ـ لأنّهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه‌السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد، ويخلّف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا فيبيعهنّ ـ أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج ـ فما ترى في ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيّم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»[٢].

وخبر زرعة[٣] قال: «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام[٤]: عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة، وله خدم ومماليك وعقد[٥]، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من مات على غير وصيّة ح ١ ج ٧ ص ٦٦، تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٢٠ ج ٩ ص ٢٣٩، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٢.

(٢) الكافي: المعيشة / باب شراء الرقيق ح ٢ ج ٥ ص ٢٠٩، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٥ ص ٢٤٠، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٣٦٣.

(٣) في المصدر بعدها إضافة: عن سماعة.

(٤) كذا في الكافي، وفي باقي المصادر الخبر مضمر.

(٥) العُقَد: جمع عُقْدة، وهي الضيعة والعقار. القاموس المحيط: ج ١ ص ٦٠٣ (عقد).

ذلك كلّه فلا بأس»[١].

إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في الإذن لخصوص العدل في تولّي ذلك؛ ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره من الفاسق[٢] في الحسبة والمعاونة على البرّ والتقوى.

ج ٢٨ / ٤٢٨

وعلى كلّ حال، فمحلّ التردّد أو المنع غير ما يضطرّ إليه الأطفال والدوابّ وحفظ المال المشرف على التلف... ونحو ذلك ممّا هو واجب على الناس كفايةً، والله العالم.

﴿ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب لم يصحّ، وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم﴾ الصالح للولاية ﴿دون الوصي﴾ بلا خلاف أجده فيه في الجملة، بل الظاهر الإجماع عليه[٣]؛ لما عرفت من ترتّب ولاية الوصي على ولاية الأب الصادق على الجدّ.

واشتراكهما في الولاية حال حياتهما ـ ولو مترتّبين كما في جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] وإن كان الأصحّ خلافه، سيّما في النكاح ـ

---

(١) الكافي: الوصايا / باب من مات على غير وصيّة ح ٣ ج ٧ ص ٦٧. من لا يحضره الفقيه: الوصيّة / فيمن لم يوص ح ٥٥١١ ج ٤ ص ٢١٨. وسائل الشيعة: باب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ج ١٩ ص ٤٢٢.

(٢) في بعض النسخ: الناس.

(٣) الإجماع ظاهر المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٤.

وينظر قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٣. وجامع المقاصد: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ١١ ص ٢٦٨. ومسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٧. ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٩٦ ج ٣ ص ١٩٦.

(٤) انظر «جامع المقاصد» في الهامش السابق.

(٥) انظر «مسالك الأفهام» في الهامش قبل السابق.

لا يقتضي جواز تولية أحدهما على وجهٍ يشارك الآخر بعد موته، بل الأصل يقتضي عدم ذلك.

مضافاً إلى ما دلّ على ولاية الجدّ والأب ممّا هو ظاهر في انحصار أمر الطفل فيهما ـ مع وجودهما أو أحدهما ـ على وجهٍ ينافيه ولاية أحدهما مع وصيّ الآخر، وإلى ظهور اتّفاق كلمة الأصحاب عليه.

إنّما الكلام: في بطلان الوصيّة على الوجه المزبور من رأس، كما هو أحد الأقوال في المسألة؟

أو بطلانها في زمان حياة الجدّ، فإذا مات ثبتت وصاية الوصي؛ لعدم المعارض لها حينئذٍ.

أو بطلانها فيما عدا الثلث، كما أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿وقيل[1]: يصحّ ذلك في قدر الثلث ممّا ترك﴾ ـ لأنّ له إخراجه عن الطفل فله التولية عليه بالأولى ﴿وفي أداء الحقوق﴾ كوفاء الدين ونحوه ممّا لا مدخليّة له في ولاية الطفل؟

والأقوى الأوّل؛ لما سمعت من عدم ولاية للأب مع وجود الجدّ وبالعكس، فلو صرّح أحدهما بوصاية الوصي بعد موت الآخر لم يكن صحيحاً؛ لعدم الولاية له في هذا الحال ولو بالنسبة إلى الزمان المتأخّر، فضلاً عن محلّ الفرض، وإن جوّزنا التعليق في الوصيّة والتأخير في زمانها، لكن فيما للموصي الولاية عليه.

ولا فرق بين الثلث وغيره بعد أن لم يخرجه عن ملك الطفل؛

---

(١) اختاره في موضع من المبسوط: الوصايا / ذكر الأوصياء ج ٤ ص ٥٢.

ضرورة صيرورته كباقي أموال الطفل التي ولايتها بيد الولي الإجباري، وولايته على إخراجه عنه لا تقتضي جواز التولية عليه وهو للطفل، المنافي لما دلّ على أنّ ولاية ماله لجدّه.

↑ ج ٢٨ / ٤٢٩

وهل تصحّ وصيّته في أداء الحقوق التي عليه من ديون ونحوها؟ كما جزم به في المسالك بل حكى الإجماع عليه[١] لعدم معارضته للجدّ في ذلك، وإن كان لو لم يوص تولّى الجدّ ذلك كما عن التذكرة التصريح به[٢]، لكنّ ذلك لا يقتضي عدم صحّة الوصيّة بذلك، فإنّ الحاكم تكون له الولاية إذا لم ينصب وصيّاً وإن نصب لم تكن له الولاية، والورثة الكبار إذا لم يجعل وصيّاً لوفاء ديونه تولّى الورثة ذلك، وإلّا تولّاه الوصي عليه، هذا.

ولكن في الدروس في المقام: «ولو أوصى بإخراج حقوق أو استيفائها كان جائزاً. ويشكل: بأنّ الاستيفاء ولاية على مال الطفل فلا يملكها الأجنبي، نعم لو عيّن المستوفي لتلك الحقوق جاز»[٣].

وفيه: ـ بعد الإغضاء عن مراده في قوله: «نعم...» إلى آخره ـ أنّ الاستيفاء ـ وإن كان الظاهر إرادة المال المستوفى ـ ليس ولاية على مال الطفل وإن كان الكلّي له؛ ضرورة أنّه لا يتشخّص ولا يصير مالاً للطفل إلّا بقبض المستحقّ أو وليّه، فتوليته على أن

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٦٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في الموصى له ج ٢ ص ٥١٠ (الطبعة الحجرية).
(٣) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

يشخّص الكلّي للطفل.

والظاهر أنّ له الولاية على ذلك مع وجود الجدّ، كما أنّ له ذلك في الورثة الكبار، فإنّ له أن ينصب وصيّاً على تشخيص ماله من الديون ثمّ دفعه للورّاث[1] على وجهٍ لا ضرر فيه عليهم، بل ومعه إذا لم يزد على مقدار الثلث.

وكذا تشخيص ما عليه من الحقوق، بأن ينصب وصيّاً على دفع ذلك عنه؛ بمعنى: أنّ ولاية التشخيص بيده على وجهٍ لا ضرر فيه عليهم؛ ضرورة كونه أولى من تشخيص مال مخصوص لوفاء دينه ونحوه ـ الذي اعترف هو بجوازه ـ ممّا يشمله عمومات الوصيّة وتسلّطه على ماله... وغير ذلك ممّا لا معارض له من النصوص المشتملة على منعه من التصرّف في الزائد على الثلث، فتأمّل جيّداً.

بقي شيء: وهو أنّ ظاهر المتن اندراج الوصيّة في أداء الحقوق تحت القيل، ومقتضاه أنّ هذا تفصيل في موضوع المسألة، وقد عرفت أنّه فرضه في الوصيّة بالنظر في مال ولده، وهو لا يشمل مثل ذلك.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذلك من النظر في مال الولد أيضاً، بناءً على انتقال التركة جميعاً للوارث وإن تعلّق بها حقّ الدين، فهو من النظر في مال الولد حينئذٍ.

ولكنّ المتّجه ـ بناءً على ذلك ـ صحّة الوصاية على مثل ذلك، وليس معارضاً لولاية الجدّ التي لم يعلم شمولها لمثل ذلك بحيث

↑ ج ٢٨ ٤٣٠

(١) في بعض النسخ: للوارث.

لا يجوز له أن يجعل وصيّاً له عليه، مع أنّ المطابق للحقّ من التركة كالخارج عن مال الطفل.

ولعلّ هذا لا يخلو من قوّة، وإن كان الأوّل لا يخلو عن وجه، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فقد ظهر لك من مطاوي البحث: أنّ الوصاية كالوكالة، بل قد تزيد عليها بأشياء، فحينئذٍ ﴿إذا أوصى بالنظر في شيء معيّن اختصّت ولايته به، ولا يجوز له﴾ أي الوصي ﴿التصرّف في غيره، وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكّل فيه﴾ وكذا لو خصّها بزمان دون زمان، أو حال دون حال؛ إذ هي ـ كما عرفت ـ شبيهة بنصب الأُمراء.

كلّ ذلك لعموم: «من بدّله...»[1] وغيره، كما هو واضح، والله العالم.

﴿مسائل ثلاث﴾

﴿الأُولى﴾.

﴿الصفات المراعاة في الوصيّ﴾ من التكليف والإسلام والحرّيّة... ونحوها ﴿تعتبر حالة[2] الوصيّة، وقيل: حين الوفاة، فلو أوصى إلى صبيّ﴾ مثلاً ﴿فبلغ ثمّ مات الموصي[3] صحّت الوصيّة،

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٢ و٣) في نسخة الشرائع: حال... الوصي.

وكذا الكلام في الحرّيّة والعقل﴾ وقيل: من حين الوصيّة إلى حين الوفاة[١]، وقيل: إلى حين نفوذ الوصيّة وانتهائها[٢]، وقيل: من حين الوفاة إلى حين الانتهاء[٣].

﴿والأوّل أشبه﴾ عند المصنّف والأكثر كما في المسالك[٤]؛ قضاءً للشرط المعتبر تقدّمه على المشروط أو مقارنته، فإذا كانت هذه شرائط لصحّة الوصيّة ولم تكن موجودة حال إنشائها لم يكن العقد صحيحاً؛ لانتفاء الشرط المقتضي لانتفاء المشروط.

بل هو منهيّ وقت الوصيّة عن التفويض إلى من ليس بالصفات، والنهي المتوجّه إلى ركن المعاملة يقتضي فسادها كما هو مقرّر في محلّه.

ولأنّه يجب في الوصي أن يكون بحيث لو مات الموصي كان نافذ التصرّف مشتملاً على صفات الوصاية، وهو هنا منتفٍ؛ لأنّ الموصي لو مات في هذه الحالة لم يكن الوصي أهلاً لها.

والجميع ـ كما ترى ـ مشترك في كونه مصادرة على المطلوب؛ ضرورة أنّ كون هذه الشروط شروطاً للنصب حال إنشائه أوّل البحث، وكذا كونه منهيّاً وقت ذلك عن النصب، بل وكذا الأخير.

---

(١) اختاره الشهيد الأوّل في الدروس: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٣، والكركي في فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ٢٣٤.

(٢) اختاره الشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧٢.

(٣) اختاره السبزواري في الكفاية: الوصيّة / في الوصاية ج ٢ ص ٦٧.

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧١.

↑ ج ٢٨ / ٤٣١

مع أنّه نظر فيه في المسالك بـ«أنّ من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على مذهبه المطلوب ؛ فإنّ الموصي إذا فرض موته بعد الوصاة بلا فصل قبل أن يتّصف الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرّف ، من حيث إنّ الموصي قد مات وهو غير جامع لها ، وذلك كافٍ في البطلان»[١].

وإن كان قد يدفع : بأنّ مراد المستدلّ اعتبار كون الوصي جامعاً لها حال الوصيّة بحيث لو مات الموصي حالها كان نافذ التصرّف ، فالشرط أهليّته لذلك حال النصب .

وعلى كلّ حال ، فمن ذلك يظهر لك : قوّة القول الثاني الموافق لمقتضى عمومات الوصيّة ، المقتصر في تخصيصها على ما تيقّن من شرطيّة هذه الأشياء في الوصي بمعنى المتلبّس بالولاية ، وأوّل آنات تلبّسه بذلك ـ مع الإطلاق ـ من حين الوفاة ، فتعتبر الشرائط ذلك الوقت ؛ إذ هو قبل ذلك ليس بوصي بمعنى تحقّق الولاية ، بل أقصاه وقوع العبارة التي تقتضي نصبه حين الوفاة إذا جمع غيرها من الشرائط ذلك الوقت ، ففقدها قبل تحقّق[٢] تلبّسه بالولاية غير ضائر بعد شمول عموم «من بدّله»[٣] ونحوه له .

وليس في أدلّة الشرائط ـ كما عرفته سابقاً ـ ما يقتضي اشتراطها حال إيجاد عبارة النصب ، بل ربّما كان فيها مايقتضي خلاف ذلك ،

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ليست في بعض النسخ.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨١.

كنصب الصبي وصيّاً بعد بلوغه منضمّاً أو مطلقاً على البحث السابق، بل هو ظاهر فيما ذكرناه من كون المدار على وجود الصفات حال التحقّق[١]، فإنّ الصبي ـ مثلاً ـ قد يبلغ بعد الوفاة، وكذا المجنون لو أوصى إليه مريداً حال إفاقته كما سمعته سابقاً.

لا يقال: إنّ العمومات تقتضي أيضاً صحّة وصيّة الجامع لها حال الوصيّة وإن فقدها قبل الوفاة ثمّ تجدّدت بعدها، فيتّجه حينئذٍ كون الشرط أحد الأمرين: حال الوصيّة أو حال الموت.

لأنّا نقول: ـ مع كون ذلك خرقاً للإجماع على الظاهر ـ هو[٢] منافٍ لما دلّ على اعتبار الصفات في الوصي المقتضي لعدم قابليّة المجنون والكافر والمملوك للولاية؛ فإنّ دليل شرطيّتها يقتضي ذلك، فينافي العمومات المزبورة، بخلاف الفاقد[٣] لها حال النصب الجامع حال الوفاة، فإنّ دليل الشرطيّة لا ينافي شمول العمومات له؛ لعدم كونه وليّاً حينئذٍ.

ودعوى: تحقّق ولاية الوصي حال نصبه وإن تأخّر تصرّفه إلى ما بعد الموت، فهو كالوكيل فعلاً المشروط عليه تأخّر التصرّف، وإلّا لزم التعليق المبطل، وحينئذٍ فلو قال: «أنت وصيّي بعد موتي» ـ على معنى: كونك وليّاً بعد الموت ـ بطل.

↑ ج ٢٨ ٤٣٢

---

(١) في بعض النسخ بدلها: الوفاة.

(٢) ليست في بعض النسخ.

(٣) في بعض النسخ بدلها: النافذ.

واضحة الفساد؛ ضرورة عدم شركة أحدٍ للأبوين الكاملين حال حياتهما في الولاية.

على أنّ معنى الوصاية نقل الولاية بعد الموت، وهو الذي أراده الموصي، بل لو صرّح بإرادة غيره ممّا يقتضي تحقّقها قبل الموت بطل على الظاهر.

والتعليق فيها غير منافٍ؛ لأنّ بناءها عليه وقد شرّعت على الوجه المزبور، كما لا ينافيه في[1] تعليق الوصيّة التمليكيّة، بل هما ـ عند التأمّل ـ من وادٍ واحدٍ وإن اختلفا في بعض الأحكام، لكنّهما متّحدان في أنّ الوصاية نقل الولاية والوصيّة نقل الملك مثلاً.

والتزام حصول الملك المتزلزل للموصى له حال الوصيّة ممّا لا يجوز نسبته للمتفقّه فضلاً عن الفقيه، خصوصاً بعد أن كان المعلوم من حال كلّ موصٍ أنّ قصده حصول الأثر بعد الوفاة، سواء كان ملكاً أو ولايةً.

وبذلك كلّه يظهر: ضعف بقيّة الأقوال المشتركة في اعتبار الشرائط من حين الوصيّة، الذي قد عرفت عدم الدليل عليه.

نعم، يبقى الكلام في اعتبار استمرار الشرائط من حين الوفاة إلى حين الانتهاء ـ في استمرار الوصاية ـ وعدمه، أمّا احتمال اشتراط الاستمرار في أصل الوصاية ـ على معنى: انكشاف فسادها بالعروض

---

(١) ليست في بعض النسخ.

في الأثناء، كما هو مقتضى إطلاق بعضهم[١] شرطيّته ـ فواضح الفساد؛ وإلّا لاقتضى فساد تصرّفاته جميعها قبل العروض، ومن المعلوم ضرورةً بطلانه.

كما أنّ من المعلوم عدم كونه وليّاً متصرّفاً حال عروضها، إنّما البحث في انفساخ الوصيّة بعروض ذلك بعد الوفاة ـ فلا تعود حينئذٍ ـ وعدمه وإن كان لا تصرّف له حينئذٍ، بل أقصاه قيام الحاكم مثلاً مقامه، فإذا زال العارض عادت ولايته، كالأب الذي اعتراه الجنون ثمّ زال، فإنّه لا تنقطع بذلك ولايته على ولده الصغير؟ احتمالان، بل الثاني منهما لا يخلو من قوّة.

وإن ظهر من بعضهم[٢] المفروغيّة من بطلان الوصاية بذلك، حتّى أنّه حمل قول القائل باشتراطها حال الوفاة ومن حين الوصيّة إليها على ذلك؛ تجنّباً عن التزام عدم بطلانها بذلك.

والظاهر أنّه اشتباه؛ فإنّ أقصى ما يمكن القطع به: عدم صحّة تصرّفاته مع عروض العارض لعدم العقل ونحوه، لا بطلان الوصاية من رأس.

بل يمكن دعوى عدم القطع ببطلانها كذلك بعروض العارض قبل الوفاة بعد الوصيّة وإن استمرّ إليها عند القائل باعتبار الصفات حال الوصيّة، وإن ادّعاه القائل المزبور أيضاً؛ محتجّاً: بمعلوميّة كون

↑ ج ٢٨ ٤٣٣

(١) انظر هامش (١ ـ ٣) من ص ٨٩٤.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧٣.

الوصاية لها حكم العقد الجائز إن لم تكن منه، ولا ريب في انفساخه بعروض الجنون ونحوه، مع أنّه خلاف ظاهر كلّ من تعرّض لذكر الأقوال، حيث إنّهم يجعلونه ـ والقول باعتبارها حال الوفاة ـ مقابلاً للقول بالاستمرار من حين الوصيّة إلى حين الوفاة، كما في الدروس[١].

ويمكن القول بعدم جريان حكم الجائز عليه بالنسبة إلى ذلك، كما لو اعترى الموصي الإغماء والجنون. على أنّ الشرائط غير منحصرة في العقل ونحوه ممّا ينفسخ العقد بفقده.

كما أنّه يمكن القول بأنّ الانفساخ بعروض العارض لا يقتضي القول باشتراط الاستمرار في أصل الصحّة، بل أقصاه اشتراط استمرار الصحّة باستمرار ذلك، لا أنّ أصل الصحّة مشروطة بالاستمرار بحيث لو زال انكشف الفساد، ولعلّه يلتزمه القائل باعتبار الصفات من حين الوصيّة إلى حين الوفاة.

بل ولا الفسخ بحيث لو عاد لم يعد حكم السبب السابق الذي اقتضى ولايته ـ حتّى لو قلنا بانقطاعها باعتبار عدم قابليّته ـ ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفسخ نحو العقد الجائز؛ وإلّا لاقتضاه بالإغماء ونحوه.

فالتحقيق: رجوعه إلى ولايته، نحو الأب والمجتهد وإن كان ولايتهما من الشرع، إلّا أنّ المفروض بعد ثبوت[٢] مشروعيّته صار

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصاية / المقدّمة ج ٢ ص ٣٢٣.

(٢) ليست في بعض النسخ.

النصب فيه[١] كالنصب من الشارع، بل العبارة فيهما[٢] واحدة.

وكون ولايته من حيث الأُبوّة المتحقّقة بعد زوال العارض لا يصلح فارقاً بينهما؛ ضرورة إمكان دعوى أنّ وصاية الوصي من حيث كونه زيداً أو ابناً مثلاً، وهو متحقّق وإن انقطعت ولايته بالعارض، لكن قد عرفت أنّ ذلك لا يقتضي انفساخ سبب الوصاية الذي لا مانع من دعوى تأثيره على هذا الوجه، ولا يقدح فيه حصول المانع، فتأمّل جيّداً؛ فإنّه دقيق نافع في المقام وغيره.

وبذلك ظهر لك الحال في المقام، بل وما في كلام غير واحد من الأصحاب، حتّى ثاني الشهيدين منهم في المسالك، وإن كان لم يأل جهداً في تحقيق المسألة، حتّى أنّه[٣] أرجع الأقوال الأربعة أو الخمسة إلى قولين، أحدهما: الاعتبار من حين الوصيّة إلى حين الانتهاء، والثاني: من حين الوفاة إلى حين الانتهاء، واختار هو الأوّل منهما[٤].

لكن من تأمّل كلامه يجده ـ أيضاً ـ غير محرّر وغير منقّح؛ باعتبار عدم اشتماله على الفرق بين اشتراط أصل الصحّة بالاستمرار وبين اشتراط الاستمرار بالاستمرار، وعدم الدليل على ما ادّعاه من معلوميّة الانفساخ بمجرّد عروض فقدها... وغير ذلك ممّا لا يخفى على المتأمّل.

---

(١) في بعض النسخ: منه.

(٢) في بعض النسخ: منهما.

(٣) في بعض النسخ بدل «حتّى أنّه»: «وأنّه» وفي بعضها: «و».

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧٢ و٢٧٣ ـ ٢٧٤.

والتحقيق ما عرفت ، وبناؤه على : عدم تحقّق الولاية قبل الوفاة ، وعلى تنقيح ما تقتضيه أدلّة الشرائط ، وعلى مراعاة مقتضى العمومات ، فإنّ ملاحظة جميع ذلك تقتضي ما ذكرنا .

↑ ج ٢٨ / ٤٣٤

وأمّا بناء بعض أفراد المسألة ـ ولو بالنسبة إلى بعض الأقوال ـ على مسألة : «ما لو أوصى إلى عدل ففسق» التي قد عرفت الاتّفاق فيها على الانفساخ من القائلين باشتراط العدالة وعدمه .

ففيه : أنّ ذلك مبنيّ على تعرّف حال الموصي وقصده وإرادة تقييده الولاية وعدمها ، ومحلّ البحث الآن في كيفيّة اشتراط الشرائط شرعاً ، وذلك لا دخل له في قصد الموصي .

ومنه ينقدح خروج تصريح الموصي بالإيصاء إلى مجنون بعد عقله ، وإلى صبي بعد بلوغه ... ونحو ذلك ، عن محلّ النزاع في المقام بما عرفته من أنّ الوصاية أشبه شيء بنصب الإمارة ، فلا يقدح فيها تعليق ولا غيره ؛ لعموم : «من بدّله»[1] وغيره ، مضافاً إلى ظهور الاتّفاق عليه والتصريح به من بعضٍ على وجه المفروغيّة منه .

فمحلّه حينئذٍ : ما لو أوصى مطلِقاً للوصيّة ، فهل يكفي جمع الوصي الشرائط حال الإيصاء؟ أو لابدّ من الجمع حال الوفاة؟ أو من حين الإيصاء إلى حين الوفاة على حسب ما عرفت؟ فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

المسألة ﴿الثانية﴾

قد عرفت فيما تقدّم أنّه ﴿تصحّ الوصيّة على كلّ مَن للموصي عليه ولاية شرعيّة﴾ بحيث يصحّ الإيصاء بها ﴿كالولد وإن نزلوا بشرط الصغر﴾ أو البلوغ مع عدم الكمال وعدم ولي إجباري، فلا يندرج في ذلك ـ ولو بملاحظة ما تقدّم سابقاً ـ أحد الأبوين مع وجود الآخر، والوصي الغير المأذون، والحاكم؛ لما تقدّم من عدم ولاية لهم على التولية بعد الوفاة.

وعلى كلّ حال ﴿فلو أوصى﴾ بالولاية ﴿على أولاده الكبار العقلاء[1]، أو على أبيه، أو على أقاربه، لم تمض الوصيّة عليهم﴾ لعدم الولاية له على ذلك.

﴿ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم لم يصحّ له التصرّف﴾ في شيء منه؛ لأنّه من الولاية عليهم أيضاً، بل ﴿و[2]لا في ثلثه﴾ منه؛ لأنّه لا ولاية له عليه مع عدم الوصيّة به وعدم إخراجه عن إرث الوارث، فلا تصحّ الولاية عليه مع كونه ملكاً للوارث، كما عرفته في نظائره.

↑ ج ٢٨ / ٤٣٥ نعم، لو أوصى به وأخرجه عن إرث الوارث جاز له نصب وليّ عليه، لكن حينئذٍ يكون شريكاً للوارث، فليس له الاستقلال بتمييزه إلّا

---

(١) في نسخة الشرائع: والعقلاء.

(٢) ليست في نسخة الشرائع.

إذا نصّ الموصي على ذلك، فإنّ الظاهر الصحّة؛ لأنّ له مثل هذه الولاية التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معيّنة، فإنّه مع عدم ضرر على الوارث بنقصٍ في ماله لم يكن له معارضته.

بل قد تقدّم سابقاً ـ عند البحث في صحّة الوصيّة بالمضاربة في التركة[1] ـ ما يقتضي جوازها بالنظر في المال مع عدم الضرر على الوارث في ذلك، مثل الوصيّة ببيع التركة مثلاً بثمن المثل وغيره ممّا تقدّم، وحينئذٍ يشكل ما سمعته من المصنّف.

﴿و﴾ على كلّ حال، فمن ذلك وغيره يعلم أيضاً: أنّه ﴿تصحّ[2]﴾ الوصيّة ﴿في إخراج الحقوق عن الموصي كالديون والصدقات﴾ الواجبة، ولو بأن يعيّن أشياء مخصوصة لذلك ويجعل لها وصيّاً، وليس حينئذٍ للوارث معارضة الوصي، وإن قلنا بكونها ملكاً له بالموت ويستحقّ نماءها، إلّا أنّها انتقلت إليه على هذا الوجه الذي تقتضي عمومات أولويّته بماله جواز هذه الوصيّة؛ لأنّها ليس ممّا خرج عن الموصي بالدليل الشرعي، وهو النقص في الثلثين قهراً على الوارث.

وأحقّيّته بأعيان التركة من الديّان وغيره إنّما هو إذا لم يوص الموصي، و[3] إذا تبرّع ووفّى دين الديّان بالرضا منه كانت الأعيان له، وليس له إلزام الوصي بأخذها ـ وإن بذل مقدار الدين ـ مع فرض وصاية

---

(١) تقدّمت المسألة في ص ٦٢١...

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: لا.

(٣) في بعض النسخ: أو.

الموصي بالوفاء بها، كما هو واضح.

بل لو أوصى وصيّاً على وفاء دينه مصرّحاً بأنّ له ولاية التشخيص بما شاء من الأعيان، لم يكن للوارث معارضته أيضاً على الظاهر؛ لعموم: «من بدّله»[1] وغيره ممّا لا معارض له في مثل ذلك.

نعم، لو أوصى وصيّاً على قضاء دينه وأطلق، لم يكن له معارضة الوارث لو أراد بذل الدين من نفسه أو من بعض أعيان التركة؛ لأحقّيّته بأعيانها من غيره، أمّا لو امتنع عن الوفاء أجبره[2] الحاكم، أو يأذن للوصي في البيع عليه.

ودعوى: كون الإطلاق في الوصاية يقتضي الوصيّة بالتخيير له في الأعيان ـ فلا يعارضه الوارث، وكذا الوصي على الثلث ـ يمكن منعها؛ ضرورة أعمّيّة الإيصاء بذلك من ذلك، والله العالم.

ج ٢٨ / ٤٣٦

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم﴾ بوصاية ونحوها ﴿أن يأخذ أُجرة المثل عن نظره في ماله﴾ كما عن الإسكافي[3] والشيخ في آخر باب التصرّف في أموال اليتامى[4]، بل هو خيرة جماعة من المتأخّرين

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٢) في بعض النسخ: جبره.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في وجوه الاكتساب ج ٥ ص ٣٥.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٩٦.

كالفاضل في القواعد[١] والمحقّق[٢][٣] وغيره[٤][٥]، بل عن مجمع البيان: أنّه الظاهر من روايات أصحابنا[٦].

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن نهايته[٧] وابن إدريس[٨]: ﴿يأخذ قدر كفايته﴾.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ أيضاً في المحكي من خلافه[٩] وتبيانه[١٠]: يأخذ ﴿أقلّ الأمرين﴾ إن كانت كفايته أقلّ من أُجرة المثل فله قدر الكفاية دون أُجرة المثل، وإن كانت أُجرة المثل أقلّ من كفايته فله الأُجرة دون الكفاية.

ونحوه عن المبسوط لكن قيّد ذلك بالفقر، فقال: «الولي إن كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين: كفايته أو

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

(٢) المختصر النافع: الوصايا / في الأوصياء ص ١٦٥.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: «الثاني» أي الكركي، لكنّ الموجود في كتبه اختيار «أقلّ الأمرين» الآتي.

(٤) الأولى التعبير بـ «وغيرهما».

(٥) كالشهيد في الدروس: الوصاية / درس ١٧٩ ج٢ ص ٣٢٧.

(٦) مجمع البيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١٧.

(٧) النهاية: المكاسب / باب التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٩٥.

(٨) السرائر: المكاسب / باب التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٢١١.

(٩) الخلاف: البيوع / مسألة ٢٩٥ ج ٣ ص ١٧٩.

(١٠) هذا المطلب وإن نقل عن البيان في عدّة كتب، إلّا أنّ ذيل عبارته ـ بل عبارته في عدّة مواضع ـ يؤيّد اختياره للقول بأجرة المثل، انظر البيان: ذيل الآية ٦ و ١٠ من سورة النساء ج ٣ ص ١١٩ و١٢٠ و١٢٥ ـ ١٢٦.

أُجرة مثله»[١].

ومع ملاحظة الإطلاق السابق وتقييده تكون الأقوال أربعة، بل خمسة مع[٢] زيادة القول: بأخذ أُجرة المثل إن كان فقيراً، وإلّا لم يجز له أخذ شيء منه، كما هو خيرة ثاني الشهيدين في المسالك[٣].

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿الأوّل أظهر﴾ من غير فرق بين الغني والفقير، وبين الوصي والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين وغيرهم ما لم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط، فلا يجوز للحاكم ـ مثلاً ـ أن يجعل النظر إلى غيره ممّن يريد الأُجرة بلا مصلحة لليتيم، وبين العمل الواجب على الأمين فعله من حيث الأمانة، وبين غيره ممّا لم يجب عليه، كالتنمية بناءً على عدم وجوبها؛ لأصالة احترام فعل المسلم كماله، ووجوبه عليه ـ كوجوب بذل المال في المخمصة بالقيمة ـ لاينافي أخذ العوض عليه، مع إمكان منع وجوب المباشرة بنفسه، فله حينئذٍ استئجار من يحفظه مثلاً بشيء منه ولو نفسه.

ولعلّه إلى ذلك أومأ صحيح هشام بن الحكم ـ الذي هو دليل آخر للمسألة أيضاً ـ قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عمّن تولّى مال اليتيم، ما له أن يأكل منه؟ فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»[٤].

---

(١) المبسوط: البيوع / تصرّف الولي في مال اليتيم ج ٢ ص ١٦٣.

(٢) في بعض النسخ بدلها: «بـ».

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧٧.

(٤) تهذيب الأحكام: المكاسب / باب ٩٣ المكاسب ح ٨١ ج ٦ ص ٣٤٣، وسائل الشيعة: ←

بل لعلّه المراد بالمعروف في الآية الشريفة[١]، بل وفيما جاء في تفسيرها في:

↑ ج ٢٨ / ٤٣٧

موثّق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام فيها: «من كان يلي شيئاً لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه، فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر ولا يسرف، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج لنفسه فلا يَرزَأنّ[٢] من أموالهم شيئاً»[٣].

وصحيح عبد الله بن سنان عنه [عليه السلام] أيضاً: «أنّه سئل وأنا حاضر: عن القيّم لليتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله (عزّ وجلّ): (فليأكل بالمعروف) وهو القوت»[٤].

وصحيحه الآخر عنه [عليه السلام] أيضاً فيها: «المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصي والقيّم في أموالهم و[٥]ما يصلحهم»[٦].

➔ باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٥ ج ١٧ ص ٢٥١.

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) يرزأ: يأخذ، وأصله النقص. النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٢١٨ (رزأ).

(٣) الكافي: المعيشة / باب ما يحلّ لقيّم مال اليتيم ح ١ ج ٥ ص ١٢٩، وانظر «التهذيب» قبل ثلاثة هوامش: ح ٦٩ ص ٣٤٠، و«الوسائل»: ح ٤.

(٤) تهذيب الأحكام: الوصايا / باب ٢٠ من الزيادات ح ٤٢ ج ٩ ص ٢٤٤.

(٥) ليست في بعض النسخ ولا نسخة التهذيب.

(٦) الكافي: المعيشة / باب ما يحلّ لقيّم مال اليتيم ح ٣ ج ٥ص ١٣٠، تهذيب الأحكام: المكاسب / باب ٩٣ المكاسب ح ٧١ ج ٦ ص ٣٤٠، وسائل الشيعة: باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ ج ١٧ ص ٢٥٠.

وخبر أبي الصباح عنه[عليه السلام] أيضاً فيها، فقال: «ذاك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً...»[١].

ونحوه خبرا سماعة وأبي أُسامة المرويّان عن تفسير العيّاشي عنه[عليه السلام] أيضاً فيها[٢].

وكذا خبر أبي بصير ـ المروي في التفسير المزبور ـ عنه[عليه السلام] أيضاً فيها: «قال: هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ويشغل فيها نفسه، فليأكل منه بالمعروف، وليس له ذلك في الدنانير والدراهم التي عنده موضوعة»[٣].

وخبر زرارة ـ المروي فيه أيضاً ـ عن أبي جعفر عليه السلام فيما سأله عنها، فقال: «ذلك إذا حبس نفسه في أموالهم فلا يحترف[٤] لنفسه، فليأكل بالمعروف من مالهم»[٥] بناءً على أنّ ذلك أُجرة مثله؛ لغلبة عدم زيادة احتراف الناس على ما يحتاجونه في أقواتهم.

بل لعلّ ذلك هو المراد أيضاً من مضمر محمّد بن مسلم ـ المروي

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥، و«التهذيب»: ح ٧٣ ص ٣٤١، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٢٥١.

(٢) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٢٩ و٣٠ ج ١ ص ٢٢١، مستدرك الوسائل: باب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به ح ١ و٢ ج ١٣ ص ١٩٥.

(٣) انظر التفسير في الهامش السابق: ح ٣١ ص ٢٢٢، ووسائل الشيعة: باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٩ ج ١٧ ص ٢٥٢.

(٤) في التفسير: فلا يحترث.

(٥) انظر «تفسير العيّاشي» في الهامش قبل السابق: ح ٣٢، و«الوسائل»: ح ١٠ ص ٢٥٣.

عن تفسير العيّاشي أيضاً ـ : «سألته عن رجل بيده ماشية لابن أخ يتيم في حجره، أيخلط أمرها بأمر ماشيته؟ فقال: إن كان يليط[1] حياضها ويقوم على مهنتها[2] ويردّ شاردها، فليشرب من ألبانها غير مجهد ولا مضرّ بالولد، ثمّ قال: ومن كان غنيّاً...»[3] إلى آخره.

ج ٢٨ / ٤٣٨

وموثّق حنان: «قال أبو عبد الله عليه السلام: سألني عيسى بن موسى عن القيّم للأيتام في الإبل، ما يحلّ له منها؟ فقلت له: إذا لاط حوضها وطلب ضالّها وهنأ[4] جرباها، فله أن يصيب من لبنها من غير نهك بضرع ولا فساد لنسل»[5].

بناءً على أنّ ذلك أجر[6] مثله عرفاً أو أقلّ، فإنّه من المعروف أيضاً؛ ضرورة كون المراد أنّ الأكل من مال اليتيم لا يكون إلّا في مقابلة عمل له في ماله، وإلّا كان من الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً.

نعم، أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً وعرفاً أُجرة المثل، فإن نقص عنها زاد في المعروف وقد أحسن إلى اليتيم، بل إن لم يأخذ شيئاً

---

(١) يليط ـ ويلوط ـ الحوضَ: يطيّنه ويصلحه. النهاية (لابن الأثير): ج ٤ ص ٢٧٧ (لوط).

(٢) في المصدر: هناتها.

(٣) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٢٨ ج ١ ص ٢٢١. وأشار إليه إشارة في وسائل الشيعة: باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ذيل ح ٨ ج ١٧ ص ٢٥٢.

(٤) هنأْتُ البعير: طليته بالهِناء، وهو القَطران، والمراد: تعالج جرب إبله بالقطران. النهاية (لابن الأثير): ج ٥ ص ٢٧٧ (هنأ).

(٥) الكافي: المعيشة / باب ما يحلّ لقيّم مال اليتيم ح ٤ ج ٥ ص ١٣٠، تهذيب الأحكام: المكاسب / باب ٩٣ المكاسب ح ٧٢ ج ٦ ص ٣٤٠، وسائل الشيعة: باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ ج ١٧ ص ٢٥٠.

(٦) في بعض النسخ: أُجرة.

فقد زاد في الإحسان ولم يكن من الأكل بالمعروف الذي قد رخّص فيه في مقابلة العمل للفقير، دون الغني الذي أُريد منه الاستعفاف عن ذلك مع عمله لليتيم في ماله.

فالمراد حينئذٍ: أنّ الفقير إن أراد الأكل فلا يأكل إلّا بالمعروف، وهو أن يكون في مقابل عمل له في مال اليتيم وأن لا يزيد على أُجرة المثل، وكلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف.

بل لعلّ ذلك هو المراد من النصوص، سيّما المرسل في كنز العرفان قال: «إنّ رجلاً قال للنبيّ صلى الله عليه وآله: إنّ في حجري يتيماً، أفآكل من ماله؟ قال: بالمعروف، غير متأثّل مالاً ولا واقٍ»[1]؛ أي: غير مستأصل للمال، ولا واقٍ بماله مالك[2].

نعم، لو لم يكن لفعله أُجرة في العادة كوضع الدراهم والدنانير عنده، أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له أُجرة يعتدّ بها عرفاً، لم يأخذ شيئاً على ما أُومئ إليه في بعض النصوص السابقة.

كما أنّه ينبغي له التعفّف لو كان غنيّاً غير محتاج كي يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن قوته وقوت عياله الواجبي النفقة، فإنّ الآية وإن اشتملت على الأمر الظاهر في الوجوب ـ خصوصاً في أوامر الكتاب ـ لكنّ المادّة تشعر بالندب؛ فيضعف الظنّ بإرادته منه على وجهٍ يعارض

---

(١) كنز العرفان: الوصيّة / ذيل الآية الأُولى من بحث الوصيّة بالولاية ج ٢ ص ١٠٥.

(٢) «بماله مالك» جزء من الخبر في كنز العرفان، فالأولى تقديمها قبل قوله: «أي غير مستأصل».

ما سمعته من القاعدة والصحيح وغيرهما ، سيّما في الأعمال التي لا يجب عليه مباشرتها كالتنمية ونحوها ، فدعوى : أنّ له بذل الأُجرة للغير دون نفسه واضحة الفساد ، بل هي كذلك في كلّ عمل كان له ذلك فيه ؛ ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره في ذلك ، بل لعلّه أولى ؛ باعتبار بقاء نظره على مال الطفل واحتياطه عليه .

ج ٢٨ / ٤٣٩

ومن ذلك يظهر لك : ضعف التفصيل بين الفقير والغني في الاستحقاق وعدمه .

كما أنّ منه يظهر لك : ضعف مستند الأقوال البقيّة [١] التي وجهها :

الأخذ بالآية [٢] وما ورد في تفسيرها [٣] في خصوص الفقير .

أو الجمع بينها وبين ما دلّ على وجوب الأُجرة ؛ بأخذ الأقلّ منهما الذي هو أحسن [٤] في مال الطفل المنهي عن القرب إلى ماله إلّا بالتي هي أحسن [٥] ، ولأنّ الكفاية إن كانت أقلّ من الأُجرة فمع حصولها يكون غنيّاً يجب عليه الاستعفاف ، وإن كانت الأُجرة أقلّ فهو لا يستحقّ الأزيد في البالغ فضلاً عن اليتيم .

واستجوده في المسالك لو تحقّق للكفاية معنى مضبوط ، قال : «لأنّه إن أُريد بالأكل بالمعروف المتعارف ـ كما يظهر من الآية

---

(١) في بعض النسخ: مستند بقيّة الأقوال.

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

(٣) تقدّم ذلك عند سرد الروايات.

(٤) في بعض النسخ: الأحسن.

(٥) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

والرواية ـ وجعل مختصّاً بالولي لا يتعدّى إلى عياله، فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار حينئذٍ؛ لأنّ حصول القوت محتاج معه إلى مؤونة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتّى يتحقّق ارتفاع الفقر، إن لم يشترط حصول ذلك في بقيّة عياله الواجبي النفقة. وحينئذٍ فقولهم في الاستدلال: مع حصول الكفاية يكون غنيّاً، غير صحيح».

«وإن أُريد به مطلق الصرف ـ كما هو المراد من قوله تعالى: (ولا تأكلوها إسرافاً...)[1] إلى آخره، وقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[2]، وقوله تعالى: (إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً...)[3] إلى آخر الآية، وغير ذلك ـ فقيد (المعروف) في غير[4] ذلك غير واضح المراد ليعتبر معه أقلّ الأمرين؛ لأنّ التصرّف على هذا الوجه مختلف باختلاف الأشخاص والحاجة، وربّما أدّى ذلك إلى الإضرار بمال اليتيم، وقوله في الرواية: (هو القوت) تخصيص لمعنى الأكل، إلّا أنّه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه؛ لما عرفت من أنّ الأكل مستعمل لغةً فيما هو أعمّ من ذلك».

↑ ج ٢٨ / ٤٤٠

«وعلى كلّ معنى فسّر الأكل لا يتمّ الحكم فيه على إطلاقه؛ لأنّ

(١) سورة النساء: الآية ٦.
(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.
(٣) سورة النساء: الآية ١٠.
(٤) في المصدر بدل «في غير»: من.

العمل ربّما كان قليلاً والقوت كثيراً، فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم زيادةً على المكلّف»[١].

وفيه: أنّه لا إجمال في الأكل بالمعروف عرفاً، خصوصاً بعد توضيح النصوص له، وأنّه القوت المراد به ما يحتاج إليه عرفاً، بل يمكن إرادة الضروريّة من الكسوة وغيرها له ولمن يعول به، لكن بشرط اشتغاله بمال الطفل على وجهٍ يمنعه من تحصيل ذلك، وأنّه لولا عمله به لأمكنه الاشتغال بما يحصل ذلك له منه، وهو أمر مضبوط في العرف؛ ولذا أُطلق الأمر به في الكتاب والسنّة في مقام البيان، خصوصاً مع ملاحظة ما سمعته[٢] في مرسل كنز العرفان مع ذلك.

نعم، يقوى الظنّ بما سمعته من انطباق ذلك على أُجرة المثل التي هي مقتضى القاعدة والصحيح وغيرهما، ولذا كان الأقوى ذلك، لا للإجمال في الآية والرواية كما هو واضح.

هذا كلّه إذا لم يتبرّع الولي، وإلّا لم يستحقّ شيئاً، أمّا لو لم يقصد الرجوع ولا عدمه فالظاهر الاستحقاق أيضاً؛ لقاعدة الاحترام التي لا ينافيها عدم الأمر من المالك الصوري بعد الإذن بالعمل من المالك الحقيقي، بل مقتضى إطلاق الآية ـ التي عرفت تنزيلها على ما قلناه ـ ذلك أيضاً، هذا.

ولكنّ الاحتياط لا ينبغي تركه فيه وفي المسألة السابقة أيضاً؛

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في الأوصياء ج ٦ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(٢) في ص ٩١٠.

لشدّة التأكيد كتاباً وسنّةً في التجنّب عن أموال اليتامى، وخصوصاً بعد خبر رفاعة ـ المروي عن تفسير العيّاشي ـ عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى: «فليأكل بالمعروف»[١] قال: «كان أبي يقول: إنّها منسوخة»[٢].

بل عن مجمع البيان عن جماعة من العامّة تفسيرها: بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض، ثمّ يردّ عليه ما أخذ إذا وجد، قال: «وهو مرويّ عن الباقر عليه السلام»[٣].

وإن كان الثابت عندنا خلافهما، وهو ما عرفته من النصوص المعتضدة بالفتاوى، وخصوصاً في الأعمال الواجبة على الوصي كحفظ المال في حرزه ونحوه من الأعمال التي لا يتجدّد بها مال للطفل.

هذا كلّه إذا لم يوص إليه بجعلٍ يكون أُجرة لمثله عن عمله، وإلّا وجب بلا خلاف ـ كما عن التنقيح[٤] ـ بل ولا إشكال، فإن زاد عليها توقّف على سعة الثلث أو إجازة الوارث كما صرّح به غير واحد[٥]؛ ضرورة كونه حينئذٍ من الوصيّة التي قد عرفت أنّ حكمها ذلك، والله العالم.

---

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٣٣ ج ١ ص ٢٢٢، وسائل الشيعة: باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١١ ج ١٧ ص ٢٥٣.

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٦ من سورة النساء ج ٣ ص ١٧، وانظر «الوسائل» في الهامش السابق: ح ٧ ص ٢٥٢.

(٤) التنقيح الرائع: الوصايا / في الأوصياء ج ٢ ص ٣٩٦.

(٥) كالمقداد في التنقيح: (انظر الهامش السابق)، والطباطبائي في الرياض: الوصايا / في الأوصياء ج ١٠ ص ٣٤٢.

الفصل ﴿السادس﴾

﴿في اللواحق﴾

﴿وفيه قسمان﴾:

﴿القسم الأوّل: وفيه مسائل﴾

﴿الأُولى﴾

﴿إذا أوصى لأجنبيّ بمثل نصيب ابنه وليس له إلّا واحد، فقد شرّك بينهما في تركته﴾ لأنّه أضاف إلى الوارث واحداً آخر بالوصيّة، وحينئذٍ ﴿فللموصى له النصف﴾ من التركة، إلّا أنّه لمّا كان أزيد من الثلث ﴿فإن﴾ أجاز الولد قسّم المال بينهما نصفين، وإن ﴿لم يجز الوارث فله﴾ أي الموصى له ﴿الثلث﴾ والباقي للولد.

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان له ابنان﴾ وقد أوصى لأجنبي بمثل نصيب أحدهما ﴿كانت الوصيّة بالثلث﴾ لأنّه قد أضاف إليهما ثالثاً ﴿ولو كان له ثلاثة كان له الربع﴾... وهكذا.

﴿والضابط: أنّه يضاف إلى الوارث[1] ويجعل كأحدهم إن كانوا

---

(١) في بعض النسخ: الورّاث.

متساوين، وإن اختلفت سهامهم جعل مثل أضعفهم سهماً﴾ لأنّه المتيقّن ﴿إلّا أن يقول: مثل أعظمهم﴾ سهماً ﴿فيعمل﴾ حينئذٍ ﴿بمقتضى وصيّته﴾ إن لم تزد على الثلث، وإلّا وقف على الإجازة.

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا[1]، بل قد يشعر نسبته في جامع المقاصد إلى علمائنا بالإجماع عليه[2].

نعم، عن جمع من العامّة: أنّه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، ويقسّم الباقي بين الورثة؛ لأنّ نصيب الوارث قبل الوصيّة من أصل المال، وحينئذٍ فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وليس له إلّا واحد فالوصيّة بجميع المال الذي هو نصيب الابن قبل الوصيّة، وإن كان له اثنان فالوصيّة بنصف المال الذي هو نصيب أحدهما قبل الوصيّة، ويبقى النصف الآخر لهما... وهكذا[3]، بل في محكيّ التحرير: أنّه قريب من الصواب[4].

وفيه: أنّ ظاهر عبارة الموصي أو صريحها في المثال الأوّل التشريك بينهما لا حرمان الوارث، فيكون المراد حينئذٍ منها: أنّ له نصيباً مثل نصيب ابني بعد الوصيّة، فإنّ التماثل يقتضي شيئين، كما أنّ

↑ ج ٢٨ / ٤٤٢

---

(١) ينظر المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤...، والجامع للشرائع: كتاب الوصيّة ص ٤٩٩، وقواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ٢ ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤، وكفاية الأحكام: الوصيّة / في الأحكام ج ٢ ص ٦٢.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٥.

(٣) المجموع: ج ١٥ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٤٩.

(٤) تحرير الأحكام: الوصايا / الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤ (عبارته: وليس ببعيد من الأُصول).

الوارث لايستحقّ شيئاً إلّا بعد الوصيّة النافذة، فالوارث الموصى بمثل نصيبه لا نصيب له إلّا بعد الوصيّة، وحينئذٍ فيكون ما للموصى له مماثلاً لنصيبه بعد الوصيّة، وعلى ما ذكروه لا يكون للوارث نصيب مماثل لنصيب الموصى له، فإنّه في الأوّل لا نصيب له أصلاً، وفي الثاني لكلّ واحد من الولدين الربع، وفي الثالث لكلّ واحد من الأولاد الثلاثة ثلث من الثلثين، وهو لا يماثل ثلث الأصل، كما أنّ الربع لايماثل النصف، وهو حينئذٍ خلاف مدلول الوصيّة وتبديل له «فإنّما إثمه على الذين يبدّلونه»[1].

وعلى كلّ حال، فهذه المسألة وأشباهها من المسائل الدوريّة؛ لأنّ معرفة نصيب الوارث متوقّفة على إخراج الوصيّة، ومعرفة نصيب الموصى له إنّما يكون إذا عرف نصيب الوارث؛ إلّا أنّه لمّا كان الأمر فيها ظاهراً ـ ضرورة انتقال الذهن إلى المراد بأدنى التفات ـ لم يذكروا في معرفتها طريق الجبر والمقابلة، بل اكتفوا بما عرفت من تصحيح الفريضة على الورثة، ثمّ زيادة واحد يساوي أحدهم أو الأقلّ منهم على حسب ما سمعت.

بل لا فرق في ذلك بين الوصيّة بنصيب واحد منهم غير معيّن، وبين الوصيّة بمثل نصيب واحد معيّن، فإنّ له أيضاً مثل نصيبه مزاداً على الفريضة، فإن زاد على الثلث توقّف على الإجازة، وإلّا نفذت الوصيّة.

بل لا فرق أيضاً بين الوصيّة لأجنبي أو أحد الورثة، بناءً على

(١) سورة البقرة: الآية ١٨١.

ما عندنا من جواز الوصيّة للوارث، خلافاً لبعض العامّة[١]، فإذا أوصى لوارث بمثل نصيب أحد ورّاثه فكالوصيّة للأجنبي التي قد عرفت الحال في أمثلتها، التي منها أيضاً:

لو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب الابن، فإنّ له سهمين من خمسة إن أجازا، ولو قال: «مثل نصيب البنت» فله الربع.

ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات وأوصى له بمثل سهم بنت أو أحد ورّاثه فله العشر، ولو قال: «مثل نصيب ابنه» فله سهمان من أحد عشر... وهكذا، كما هو واضح بعد ما عرفت.

﴿ولو[٢] قال﴾ في وصيّته: ﴿له مثل نصيب بنتي، فعندنا[٣]: له النصف إذا لم يكن﴾ له ﴿وارث سواها﴾ لأنّ المال لها فرضاً وردّاً، فهي كالولد حينئذٍ في ذلك ﴿و﴾ في أنّه ﴿يُردّ إلى الثلث إذا لم تجز﴾.

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان له بنتان كان له الثلث؛ لأنّ المال عندنا للبنتين﴾ فرضاً وردّاً ﴿دون العصبة، فيكون الموصى له كثالثة﴾ كالولدين وقد أوصى لثالث أنّ له مثل نصيب أحدهما الذي قد سمعت الكلام فيه.

ج ٢٨ / ٤٤٣

نعم، عند العامّة: الوصيّة في الأوّل بالثلث؛ لأنّ المسألة عندهم من اثنين: واحد للبنت، وواحد للعصبة، فيزيد بالوصيّة على الاثنين

---

(١) المجموع: ج ١٥ ص ٣٩٩ و ٤٢٠، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣٣٢، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤١٩.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: فلو.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: يكون.

سهماً، فيعطى واحداً من ثلاثة.

وفي الثاني بالربع؛ لأنّ المسألة عندهم من ثلاث: اثنان وهما الثلثان للبنتين، وواحد للعصبة، فيزيد عليها للموصى له بالوصيّة سهماً، فتكون أربعة له الربع منها[١].

﴿ولو كان له ثلاث أخوات من أُمّ، وثلاثة إخوة لأب[٢]، فأوصى لأجنبيّ[٣] بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحدة من الأخوات﴾ لما عرفت من تنزيل الوصيّة في مثله على الأقلّ الذي هو المتيقّن، فأصل الفريضة حينئذٍ ثلاثة: للأخوات من الأُمّ الثلث، وللإخوة من الأب الثلثان، ثمّ تنكسر على الفريضة، والفرض أنّ عددهما متماثل، فيضرب عدد أحدهما في أصل الفريضة تبلغ تسعة، للأخوات الثلاث ثلاثة لكلّ واحدة سهم، وللإخوة ستّة لكلّ واحد اثنان، فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم ـ وحمل على الأقلّ الذي هو نصيب إحدى الأخوات ـ ازدادت الفريضة واحداً؛ لما عرفت من أنّ الضابطة: تصحيح الفريضة بين الورثة ثمّ زيادة نصيب الموصى له عليها، فالوصيّة حينئذٍ بعشر التركة ﴿فيكون له سهم من عشرة، وللأخوات﴾ من الأُمّ ﴿ثلاثة، وللإخوة ستّة﴾.

نعم، ينبغي أن يعلم: أنّ كون الموصى له كواحد من الأخوات مبنيّ

---

(١) الحاوي الكبير: ج ٨ ص ٢٠٣، المجموع: ج ١٥ ص ٤٧٨.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بدل «وثلاثة اخوة لأب»: واخوة ثلاثة من أب.

(٣) في نسخة المسالك: للأجنبي.

على فرض كون الإخوة للأب ثلاثة مثلاً، وإلّا فلو فرض كونهم سبعة مثلاً لم يتمّ المثال؛ ضرورة كون الأقلّ حينئذٍ واحداً منهم لا منهنّ.

إلّا أنّ الأمر سهل بعد معرفة الضابط، وإن أطلق المصنّف «الإخوة» مع احتمال إرادته أقلّ الجمع، والله العالم.

﴿ولو كان له زوجة وبنت، وقال:﴾ له ﴿مثل نصيب بنتي﴾ التي هي أعظم نصيباً ﴿وأجاز[1] الورثة﴾ قال الشيخ[2]: ﴿كان له سبعة أسهم، وللبنت مثلها، وللزوجة سهمان﴾.

وفيه: أنّ الوصيّة حينئذٍ من نصيب البنت خاصّة؛ لأنّ الاثنين ثُمن الفريضة التي هي ستّة عشر، فيكون سهم الزوجة تامّاً، والواجب أن تكون الوصيّة مع الإجازة من أصل التركة، ويدخل النقص بها على جميع الورثة، كلّ على حسب استحقاقه.

ج ٢٨ / ٤٤٤

﴿و﴾ من هنا قال المصنّف: ﴿لو قيل: لها﴾ أي الزوجة ﴿سهم واحد من خمسة عشر كان أولى﴾ بل لعلّه يتعيّن كما في القواعد[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]؛ ضرورة أنّه مقتضى الضابط السابق الذي هو تصحيح الفريضة أوّلاً، وهي هنا ثمانية: للزوجة الثُّمن سهم، وللبنت الباقي وهو سبعة أسهم، ويزاد عليها مثل نصيب البنت بالوصيّة

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: فأجاز.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٦.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ٢ ص ٤٧٤.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٨.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٨٢.

أي : سبعة ، فيكون مجموع التركة خمسة عشر .

هذا كلّه مع الإجازة ، أمّا إذا لم يجز الوارث فالمسألة من اثني عشر ، له الثلث أربعة ، والثمانية بين الزوجة والبنت على أصل الفريضة الشرعيّة : للزوجة الثُّمن سهم ، وللبنت الباقي فرضاً وردّاً .

ولو أجازت إحداهما خاصّة ، ففي المسالك : «ضربت إحدى الفريضتين في وفق الأُخرى تبلغ ستّين ؛ لأنّ بين الاثني عشر والخمسة عشر توافقاً بالثلث ، فتضرب ثلث إحداهما في الأُخرى ، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الردّ ، ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الردّ في وفق مسألة الإجازة ، فذلك نصيبه ، والباقي للموصى له» .

«وهذا ضابط في كلّ ما يرد عليك في إجازة البعض وردّ الآخرين ، فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما[1] ، ونصيب من أجاز من مسألة الإجازة في مسألة الردّ ، ونصيب من ردّ من مسألة الردّ[2] في مسألة الإجازة» .

«فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الإجازة سبعة من خمسة عشر ، تضربها في أربعة وفق مسألة الردّ تبلغ ثمانية وعشرين ، فهو نصيبها من الستّين ، وللزوجة واحد من اثني عشر في مسألة الردّ ، تضربه في وفق مسألة الإجازة ، وهو خمسة من خمسة عشر ، تبلغ

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: في الأُخرى.

(٢) «من مسألة الردّ» ليست في المصدر.

خمسة، فهي نصيبها من الستّين، والباقي ـ وهو سبعة وعشرون ـ للموصى له».

«ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسألة الإجازة ـ وهو واحد ـ في أربعة وفق مسألة الردّ، فلها أربعة، ونصيب البنت من مسألة الردّ ـ وهو سبعة من اثني عشر ـ في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة تبلغ خمسة وثلاثين، والباقي ـ وهو أحد وعشرون ـ للموصى له، فله مع إجازتهما ثمانية وعشرون، وللبنت كذلك، وللزوجة أربعة، ومع ردّهما عشرون، وللبنت خمسة وثلاثون، وللزوجة خمسة، ومع إجازة إحداهما يأخذ الموصى له التفاوت».

«ولو انعكس الفرض بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة وأجاز[1] فللموصى له التُسع؛ لأنّك تزيد نصيب الزوجة ـ وهو واحد ـ على الفريضة»[2].

↑ ج ٢٨ / ٤٤٥

وفي جامع المقاصد[3] والمسالك[4]: «أنّه وهم الشيخ هنا أيضاً، فجعل للزوجة سهماً من ثمانية، وللموصى له سهماً، وللبنت ستّة، فأخرج الوصيّة من نصيب البنت خاصّة، والصواب إدخال نصيبه عليهما، فيكون من تسعة».

﴿ولو كان له أربع زوجات وبنت، فأوصى بمثل نصيب

---

(١) في المصدر: وأجازا.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٨.

(٤) المصدر قبل السابق: ص ٢٨٤.

إحداهنّ﴾ قال الشيخ[1]: ﴿كانت الفريضة من اثنين وثلاثين، فيكون للزوجات الثُّمن أربعة بينهنّ بالسويّة، وله سهم كواحدة﴾ منهنّ ﴿ويبقى سبعة وعشرون للبنت﴾.

وفيه: ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضاً، ومقتضى الضابط المزبور: أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات، ويزاد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع، فأصل الفريضة ثمانية: نصيب الزوجات الأربع منها واحد، وينكسر عليهنّ، فيضرب عددهنّ في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين، ويزاد عليها واحد بالوصيّة فتكون ثلاثة وثلاثين.

﴿و﴾ من هنا قال المصنّف: ﴿لو قيل:﴾ له واحد ﴿من ثلاثة وثلاثين كان أشبه﴾ بل هو متعيّن، ولذا جزم غير واحد[2] بأنّه سهو من قلمه الشريف كالسابق.

ولو كانت الوصيّة في الفرض بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستّين إن أجازوا الوصيّة، وإن ردّوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع، ويكون الثلثان قائمين بالفريضة، فيكون من ثمانية وأربعين: للموصى له ثلثها ستّة عشر، وللزوجات أربعة، وللبنت ثمانية وعشرون.

ولو أجازت إحداهنّ ضربت وفق مسألة الإجازة ـ وهو هنا جزء

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٦.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: (تقدّم المصدر آنفاً).

من اثني عشر هو نصف السدس ـ في مسألة الردّ أو بالعكس، فتضرب خمسة في ثمانية وأربعين، أو أربعة في ستّين تبلغ مائتين وأربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسألة الإجازة مضروباً في وفق مسألة الردّ، ومن ردّ أخذ نصيبه من مسألة الردّ مضروباً في وفق مسألة الإجازة، فمع إجازة البنت يكون لها مائة واثنا عشر هو الحاصل من ضرب ثمانية وعشرين في أربعة، وللزوجات عشرون هي الحاصلة من ضرب أربعة في خمسة، والباقي ـ وهو مائة وثمانية ـ للموصى له.

ولو أجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المجاز، وهو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه ثلث التركة وهو ثمانون.

↑ ج ٢٨ / ٤٤٦

وهو خلاصة ما في الدروس المفروض فيها المسألة بالابن وأربع زوجات[1]، الذي لا فرق بينه وبين البنت في ذلك. ثمّ قال: «وإن شئت مع إجازة البعض أن تدفع الثلث إلى الموصى له، ويقسّم الباقي بين الوارث فريضة على تقديري الإجازة وعدمها، فيأخذ الموصى له التفاوت، فتدفع هنا إلى الموصى له ثمانين، ثمّ يقسّم الباقي وهو مائة وستّون فريضة: للزوجات عشرون وللابن مائة وأربعون».

«هذا على تقدير الردّ، وفي تقدير الإجازة للابن مائة واثنا عشر، وللزوجات الأربع ستّة عشر».

«ويظهر من ذلك: أنّ الزائد على الثلث في مسألة الإجازة ـ وهي ستّون ـ ثمانية أسهم، وقد صارت مضروبة في أربعة، فيكون

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٥.

اثنين وثلاثين سهماً فيقسّمها فريضة، فيكون للزوجات أربعة وللابن ثمانية وعشرون، فالتفاوت بين نصيبي الابن ثمانية وعشرون، وبين نصيب كلّ واحدة من الزوجات سهم، فبالإجازة من البعض تدفع ذلك التفاوت».

«ولك طريق ثالث: وهو أن تنظر ما زاد على الثلث في مسألة الإجازة فتقسّم بين الورثة فريضة، فإن انقسم صحّت المسألتان من مسألة الإجازة، وإن انكسرت ضربت مسألة الإجازة في مخرج الكسر، وقد عرفت أنّ الزائد على الثلث هنا ثمانية، فتقسّمها على الورثة ينكسر في مخرج الربع، فتضرب أربعة في ستّين يبلغ مائتين وأربعين ويبقى الزائد على الثلث اثنان وثلاثون فتقسّم بين الورثة كما مرّ، فلو أجاز الزوجات دون الابن صحّت المسألة من ستّين؛ لأنّ الموصى له يأخذ نصيبهنّ من الزائد وهو سهم، وتبقى للابن سبعة»[1].

إلى غير ذلك ممّا هو واضح عند من له معرفة بالحساب، بل ربّما كان غير الفقيه أعرف منه في ذلك، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿لو أوصى لأجنبيّ بنصيب ولده، قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من خلافه[2] ومبسوطه[3] وتبعه عليه الفاضل في المختلف[4]:

---

(١) المصدر السابق: ص ٣١٥ ـ ٣١٦.

(٢) الخلاف: الوصايا / مسألة ٤ ج ٤ ص ١٣٧.

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٤) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٧.

﴿تبطل الوصيّة؛ لأنّها وصيّة بمستحقّه﴾ التي مرجعها إلى العزل عن الميراث، أو إلى الوصيّة بمال الغير، وهي فيهما معاً باطلة، ولأنّ صحّتها موقوفة على بطلانها، فيستلزم وجودها عدمها؛ إذ لا تكون صحيحة إلّا أن يكون للابن نصيب، ولا يكون له نصيب حتّى تبطل هذه الوصيّة؛ لأنّه لا يملك الموصى به؛ لقوله تعالى: «من بعد وصيّة يوصي بها أو دين»[1]، ولأنّ بطلانها لازم لكلّ من النقيضين؛ فإنّه إن ثبت للابن نصيب امتنعت صحّتها، وإن لم يكن له نصيب انتفى متعلّقها.

ج ٢٨ / ٤٤٧

﴿وقيل﴾ والقائل بعض علمائنا كما في المختلف[2]: ﴿تصحّ ويكون[3] كما لو أوصى بمثل نصيبه، وهو أشبه﴾ عند المصنّف بقاعدة وجوب الحمل على المجاز عند تعذّر الحقيقة التي لها صحّت الوصيّة بمثل نصيب الابن مع أنّه لا نصيب له فعلاً.

ولكن فيه: أنّ البطلان على تقدير الحقيقة ليس من تعذّر الحقيقة؛ ضرورة أنّه لا بأس بالتزامه، وصحّة الوصيّة بمثل نصيب الابن للظهور في إرادة المعنى المزبور الممنوع دعواه هنا.

واحتمال[4]: كون المراد الوصيّة بجميع المال؛ باعتبار أنّ الولد لمّا لم يكن له نصيب الآن[5] وإنّما يكون نصيبه بعد الموت، كان إضافة

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في نسخة الشرائع: فيكون.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٥) في بعض النسخ: الابن.

النصيب إليه مجازاً في جميع التركة، فكأنّه قال: جميع التركة لفلان التي هي نصيب ابني لو فرض كونه وارثاً لها وحده من غير مزاحم له من وصيّة ولا غيرها، وهذا وإن كان مجازاً إلّا أنّه ليس هنا معنى حقيقي يمكن حمله عليه؛ حتّى يقال: تقدّم الحقيقة على المجاز.

يدفعه: عدم القرينة الدالّة عليه، بل حمله على إرادة حرمان الوارث ووضع الموصى له موضعه أظهر من ذلك.

نعم، قد يناقش في البطلان على هذا التقدير أيضاً؛ لعموم أدلّة الوصيّة، فالمتّجه حينئذٍ: نفوذها مع إجازة الوارث، ومع عدمها تبطل منها ما زاحم الوارث وتصحّ في غير ذلك وهو الثلث، وتكون حينئذٍ كالوصيّة بجميع المال.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّها ظاهرة في إرادة الوصيّة بنصيب الوارث من حيث كونه نصيباً، وهو لا تصحّ الوصيّة به؛ ضرورة عدم اجتماع كونه نصيباً وكونه موصى به، ولعلّه لذا قال في الدروس: «ولو أوصى بنصيب وارث؛ فإن قصد عزله من الإرث فالأقرب البطلان، وإلّا حمل على المثل»[1].

وفيه: معلوميّة إرادة كونه نصيباً لولا الوصيّة به، لا كونه نصيباً مع كونه موصى به، فالمتّجه حينئذٍ: الصحّة مع الإجازة، وعدمها مع عدمها.

وليست هي كالوصيّة بمال الغير الذي لا تعلّق للموصي فيه، ولا ممّا

(١) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٦.

يستلزم وجودها عدمها ، ولا بطلانها لازم للنقيضين على التقدير الذي سمعت .

بل منه يعلم ما في إطلاق الشيخ[١] بطلانها ، وإطلاق غيره[٢] الصحّة ، والحمل على المثل أو على الجميع الذي أطنب فيه في المسالك[٣] ـ تبعاً لجامع المقاصد[٤] ـ مدّعياً : أنّه المتبادر عند الإطلاق ، وأنّه لا يفهم من اللفظ إلّا ذلك ، بل معظم القائلين بالصحّة لا يريدون إلّا ذلك، وإن ذكر بعضهم لفظ المثل، لكنّ مرادهم من الوصيّة بجميع المال على معنى : أنّه مثل ابني لو لم تكن وصيّة ولا وارث ، لا أنّ المراد : له نصيب مثل نصيب ابني ، فيكون شريكاً له في النصف إذا لم يكن سواهما ، على حسب ما سمعته في المسألة السابقة .

ج ٢٨ / ٤٤٨

قال : «نعم ، في عبارة الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهمه إرادة النصف من القائل بالصحّة ؛ لأنّه قال في شرحه بعد تقرير القولين : فعلى الصحّة لا فرق بين زيادة لفظ المثل وحذفها ، فقوله : (أوصيت بنصيبه) مثل : (أوصيت بمثل نصيبه) ، وإنّما فرّق القائل بالبطلان . وهي كالصريحة في المشاركة كما لو كان المثل مذكوراً»[٥] .

وقد شدّد[٦] النكير على المحقّق الثاني في دعواه اختصاصه

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) كالعلّامة في التلخيص: الهبات / الفصل الثالث ص ١٥٨.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٨٧.

(٤) جامع المقاصد: الوصايا/ الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٥) المصدر قبل السابق: ص ٢٨٩.

(٦) المصدر السابق: ص ٢٨٨.

باحتمال الصحّة على معنى إرادة الجميع، وأنّ المعروف بين الفقهاء قولان، أحدهما: البطلان، والثاني: الصحّة على إرادة المثل على وجه المشاركة، ثمّ حكى عبارة المختلف والتذكرة وبعض عبارات العامّة.

[ثمّ قال:][1] «والحاصل: أنّ حمله على الوصيّة بالجميع في عبارة أصحابنا أكثر مع وجود الآخر، وحمله على النصف في كلام العامّة أكثر مع وجود الآخر»[2].

قلت: ولكن قد عرفت أنّ المفهوم من العبارة غير ذلك كلّه ـ وهو ما عرفته ـ إلّا مع قرينة خارجة تدلّ على ما يقتضي البطلان، أو الجميع، أو المشاركة، وحينئذٍ يكون خارجاً عن محلّ النزاع الذي من المعلوم كونه هذا اللفظ مجرّداً عن القرائن الخارجيّة، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كان له ابن قاتل﴾ أو كافر أو عبد ﴿فأوصى﴾ بنصيبه، حمل على مثله ـ كما في الدروس[3] ـ لدلالته على إرادة ذلك.

نعم، لو أوصى ﴿بمثل نصيبه، قيل: صحّت الوصيّة﴾ على معنى: نصيبه لو لم يكن قاتلاً؛ صوناً للكلام عن الهذريّة.

وفي المختلف: «صحّت إن كان الموصي جاهلاً بأنّ الابن قاتل، أو

---

(١) إضافة يقتضيها السياق.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٢٨٩.

(٣) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٧.

بأنّ القاتل لا يرث، وتبطل إن كان عارفاً بهما»[١]. واستحسنه في المسالك[٢].

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في مبسوطه[٣]: ﴿لا تصحّ؛ لأنّه لا نصيب له، وهو أشبه﴾ عند المصنّف، بل عن المبسوط: القطع بذلك[٤]، ولم يذكره غيره.

إلّا أنّ الأقوى في النظر: الصحّة مطلقاً؛ لظهور كون المفهوم منه عرفاً أنّ له نصيباً مثل نصيبه لو لم يكن مانع الإرث ولو كان جاهلاً؛ إذ جهله لا ينافي صحّة الوصيّة المعلوم عدم اشتراطها بفعليّة نصيبه، كمعلوميّة عدم توقّف المعنى على ذلك، كما هو واضح. ج ٢٨ / ٤٤٩

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا أوصى بضعف نصيب ولده﴾ مثلاً ﴿كان له مثلاه﴾ لأنّ ضعف الشيء مثلاه، كما هو الأشهر بين الفقهاء على ما في المسالك[٥]، بل عن الخلاف: حكايته عن عامّة الفقهاء والعلماء[٦]، وإن كان فيه: أنّه خلاف ما في الصحاح[٧] وعن الجمهرة[٨] وأبي عبيد القاسم بن

---

(١) مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٧ (بتصرّف).

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٠.

(٣ و ٤) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٥) الهامش قبل السابق: ص ٢٩١.

(٦) الخلاف: الوصايا / مسألة ٥ ج ٤ ص ١٣٨.

(٧) الصحاح: ج ٤ ص ١٣٩٠ (ضعف).

(٨) جمهرة اللغة: ج ٣ ص ٩٣ (ضعف).

سلام [١] من أنّ الضعف : المثل .

نعم ، عن الأزهري : «الضعف : المثل فما فوقه ، وليس بمقصور على مثليه ، فأقلّ الضعف محصور في الواحد ، وأكثره غير محصور» [٢].

وعن الخليل : «الضعف : أن يزاد على أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر» [٣].

وعن نهاية ابن الأثير : «الضعف : مثلان» [٤].

ويمكن أن يريد الأزهري والخليل بيان الضعف بالمعنى المصدري الذي لا ينحصر في المثل ؛ أي المضاعفة ، فلا ينافي حينئذٍ معناه الذي هو المثل في غيره ، بل لعلّ عرفنا اليوم شاهد على ذلك ، وحينئذٍ فالمتّجه في محلّ البحث أن يكون له مثله .

اللّهمّ إلّا أن يكون المراد مثله مضاعفاً ، وحينئذٍ يكون له مثلاه كما ذكره المصنّف وغيره [٥] ، بل قيل [٦] : إنّه المشهور ، وإنّه يشهد له قوله تعالى : «إذاً لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات» [٧] أي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفاً ، وقوله تعالى : «فأُولئك لهم جزاء

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٥٠، المطلع على أبواب الفقه: ج ١ ص ٢٩٧.

(٢) تهذيب اللغة: ج ١ ص ٤٨٠ ـ ٤٨١ (ضعف).

(٣) العين: ج ٢ ص ١٠٤٤ (ضعف).

(٤) النهاية: ج ٣ ص ٨٩ (ضعف).

(٥) تقدّمت بعض المصادر آنفاً. وانظر قواعد الأحكام: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ٢ ص ٤٧٨.

(٦) كما في مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩١.

(٧) سورة الإسراء: الآية ٧٥.

الضعف»[١] وقوله: «فأُولئك هم المُضعِفون»[٢].

﴿و﴾ لكنّ المتّجه على ذلك أنّه ﴿لو قال: ضعفاه، كان له أربعة﴾ أمثاله كما عن المبسوط[٣].

﴿و﴾ مع ذلك ﴿قيل: ثلاثة﴾ أمثاله، بل في المتن ﴿و﴾ غيره[٤]: ﴿هو أشبه؛ أخذاً بالمتيقّن﴾.

وفيه: أنّ المتيقّن المثلان؛ لما عرفت من تفسير الضعف بالمثل ممّن سمعت، كما أنّ المتيقّن هو في الوصيّة بالضعف التي حكم فيها بالمثلين.

وما في المسالك من أنّه «لم يعتدّ بالقولين لضعفهما وشذوذهما، بخلاف القول بالثلاثة المحكي عن بعض أهل اللغة التصريح بأنّ ضعفي الشيء هو ومثلاه، فيكون ثلاثة أمثاله»[٥].

يدفعه: ما عرفت من تصريح من سمعت به لأنّها عبارة[٦]، والتصريح الذي ذكره هو المحكي عن أبي عبيدة معمر بن المثنّى قال: «ضعف الشيء: هو ومثله، وضعفاه: هو ومثلاه»[٧].

↑ ج ٢٨ / ٤٥٠

---

(١) سورة سبأ: الآية ٣٧. (٢) سورة الروم: الآية ٣٩.

(٣) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٤) كالعلّامة في الإرشاد: الوصايا / في الأحكام ج ١ ص ٤٦٥، وولده في الإيضاح: الوصايا / الأحكام المتعلّقة بالحساب ج ٢ ص ٥٤٩، والشهيد في اللمعة: الوصايا / الفصل الثالث ص ١٧٩.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩١ (بتصرّف).

(٦) أُشير في هامش المعتمدة إلى أنّ نسخة المبيضّة وردت بهذا الشكل.

(٧) مجاز القرآن: ج ٢ ص ١٣٦ ـ ١٣٧، الشرح الكبير: ج ٦ ص ٥٣٤.

قلت: وعليه تكون الوصيّة بضعف النصيب وصيّة بالنصيب ومثله، وبضعفيه به ومثليه، وليس هو المراد قطعاً. ويمكن أن يكون المراد: مقدار النصيب ومثله الضعف فيكون مثلين، ومقدار النصيب ومثلاه الضعفان فيكون ثلاثة أمثاله.

وفي الدروس: «ولو أوصى له بضعف نصيب ولده أُعطي مثليه، وبضعفيه ثلاثة أمثاله، وفي المبسوط: أربعة أمثاله، وبثلاثة أضعافه أربعة أمثاله، والأصل فيه: أنّ ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه... وهكذا، وعلى قول المبسوط كلّ ضعف مثلان»[1].

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ المتّجه ما في المبسوط بناءً على أنّ المراد من الضعف المثلان، والأخذ بالمتيقّن لا يعارض ظاهر اللفظ.

ومنه يعلم أنّ ما في قوله أيضاً: ﴿وكذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه﴾ أي كالضعفين في القولين، وأنّ الأشبه ثلاثة أمثاله؛ وذلك لأنّ من قال: إنّ الضعف المثلان فتضعيفه قدره مرّتين، وهو أربعة أمثال، فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب، ومن قال: بأنّه ضمّ مثل الشيء إليه فتضعيف هذا الضمّ زيادته مرّة أُخرى، فيكون ثلاثة.

وقد اعترف في المسالك هنا بضعفه، فقال: «إنّه مخالف للتفسيرين السابقين للضعف؛ لأنّ من جعله المثل فالتضعيف مثلان، ومن جعله مثلين لزم أن يكون تضعيفه أربعة».

«وأمّا اعتبار المنضمّ خاصّة، ففيه: أنّ الضعف عند هذا القائل

---

(١) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٨ ج ٢ ص ٣١٦.

هو المجموع من المماثل والزائد، لا نفس الزائد؛ وإلّا لكان هو القول بالمثل».

«وبالجملة: فالقول بأنّ ضعف الضعف ثلاثة أمثاله ضعيف جدّاً، وقد وافقه عليه العلّامة في التذكرة والإرشاد».

«وفي المسألة وجه ثالث: أنّ ضعف الضعف ستّة أمثال، بأن يكون الضعف ومثله معاً هو الموصى به. ويضعّف: بأنّ الوصيّة بالمضاف خاصّة».

«ورابع: أنّه مثل واحد، بناءً على أنّ الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل، والمثل واحد فمثله كذلك. وقد عرفت ضعف المبنيّ عليه».

«وقد ظهر: أنّ أرجح الأقوال كون ضعف الضعف أربعة أمثال»[1].

قلت: لكنّه ينافي ظاهراً موافقته للمصنّف في المسألة السابقة من الأخذ بالمتيقّن، نعم هو متّجه على ما قلناه، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ ما في المسالك هنا لا يخلو من المناقشة من وجوه أُخر، والله العالم.

↑ ج ٢٨ / ٤٥١

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرّقة، جاز صرف كلّ ما في بلد إلى فقرائه﴾ قطعاً؛ للصدق الذي لا ينافيه احتمال إرادة فقراء بلده بعد عدم الدليل عليه، فالأخذ بظاهر اللفظ حينئذٍ ـ الشامل

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٢.

لهذا الفرد ـ متّجه.

﴿و﴾ كذا ﴿لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز أيضاً﴾ لذلك.

نعم، في المسالك: «إن لم يستلزم تغريراً بالمال بسبب نقله، ولا تأخيراً لإخراج الوصيّة مع إمكان التعجيل، وإلّا أشكل الجواز لذلك»[1].

وفيه: أنّه لا إشكال أيضاً، وإن أثم أو ضمن؛ إذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم. على أنّه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولويّة المستحقّ ووجود الحاكم... وغير ذلك ممّا سمعته في الزكاة[2].

أمّا لو فرض عدم المستحقّ في بلد المال وعدم الخطر في نقله فلا إشكال أصلاً، كما أنّه لا إشكال في جواز إخراج قدر الثلث من المال الذي في بلد الموصي وترك الأموال المتفرّقة للورثة مع رضاهم بذلك؛ لأنّ المعتبر إخراج ثلث المال بالقيمة، لا الإخراج من كلّ شيء ثلثه، وإن كان إطلاق الثلث يقتضي الإشاعة إلّا أن يتعلّق غرض للموصي بشيء من الأعيان أو الجميع، فيتّبع مراده حينئذٍ.

﴿و﴾ كيف كان، فـ ﴿يدفع إلى الموجودين في البلد، ولا[3]

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٩٣.

(٢) تقدّم الكلام حول نقل الزكاة في ج ١٦ ص ٨٥ فما بعدها.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: فلا.

يجب﴾ عليه ﴿تتبّع من غاب﴾ لأنّ الفقراء غير منحصرين، فلا يجب الاستيعاب ولا تتبّع من ليس في البلد لذلك.

وفي المسالك: «ويفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم، ووجهه: أنّ الموصى لهم مستحقّون على جهة الاشتراك، لا على جهة بيان المصرف كالزكاة، وبهذا يظهر أنّ عدم وجوب التتبّع رخصة، وأنّه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم مع غيرهم جاز»(١).

قلت: فيه أوّلاً: منع عدم إرادة المصرف من مثل هذا اللفظ الذي لا فرق بين تعلّق خطاب الزكاة وغيره به في فهم أهل العرف منه ذلك، ولو بقرينة عدم حصر الفقراء ونحوه.

وثانياً: أنّ استحقاق الموصى لهم على جهة الاشتراك لا على المصرف لا يقتضي ما ذكره من الرخصة ومن جواز الصرف إلى غير الموجودين أو إليهم وإلى غيرهم كما هو واضح، خصوصاً بعد أن ذكر ذلك وجهاً لوجوب استيعاب من في البلد المنافي لذلك، والله العالم.

ج ٢٨ / ٤٥٢

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً؟ قيل: نعم، وهو الأشبه﴾ عند المصنّف ﴿عملاً بمقتضى اللفظ﴾ الذي هو جمع، وأقلّه ثلاثة على المختار.

وحينئذٍ لا يجوز أن يقصر عن ثلاثة، فإن لم يوجد في البلد وجب الإكمال من غيره؛ مراعاةً للفظ الجمع وأنّ الحكم ليس لبيان المصرف عنده، وإلّا لاكتفي بالواحد.

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٣.

وأشكله في المسالك: «بأنّه إن كان للاشتراك وجب تتبّع الممكن، وإن كان لبيان المصرف لزمه الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب من في البلد وعدم وجوب صرفه إلى غيرهم ـ مع وجوب الدفع إلى ثلاثة ـ لا يخلو من إشكال»[١].

ثمّ قال: «ولعلّ الوجه فيه: أنّ مراعاة الجمع يوجب الثلاثة فصاعداً واستيعاب من حضر لاشتراكهم في الاستحقاق، وعدم وجوب الدفع إلى من سواهم رخصة وتخفيف»[٢].

قلت: لِمَ لا يكون هذا منه قرينة على عدم إرادته استيعاب من في البلد من قوله: «ولا يجب تتبّع من غاب»؟! فيكون حاصله: عدم وجوب تتبّع من غاب وعدم وجوب استيعاب من في البلد، ولكن يجب إعطاء الثلاثة فصاعداً مراعاةً للفظ الجمع المراد من تعريفه الجنس لا الاستغراق، فهو للمصرف عنده إلّا أنّه يراعي في المصرف أقلّ الجمع فصاعداً.

بل قوله: ﴿وكذا لو قال: أعتقوا رقاباً، وجب أن يعتق[٣] ثلاثة فما زاد، إلّا أن يقصر ثلث مال الموصي﴾ شاهد لذلك؛ ضرورة كون المراد منه عدم الفرق بين الجمع المنكّر والمعرّف الذي لا يراد الاستغراق بتعريفه، وإنّما المراد منه العهد الذهني على حسب الإرادة

(١) المصدر السابق: ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٩٤.

(٣) في بعض النسخ: يعتقوا.

في المفرد في نحو «ادخل السوق واشتر اللحم» ونحو ذلك.

نعم، قد يشكل: بظهور إرادة الجنس الذي يلغى فيه مراعاة أقلّ الجمع، كما يلغى مراعاته مع إرادة الاستغراق من مثل هذا اللفظ الذي علم عدم إرادة الاستغراق منه، ولذا لم يراع في مصرف الزكاة والخمس أقلّ الجمع فصاعداً. ولكن لا ريب في أنّ الأحوط ما ذكره.

كما أنّه لا ريب في عتق الممكن من الأقلّ مع عدم سعة الثلث؛ لعدم سقوط الميسور بالمعسور[1]، ولأنّ دلالة الجمع على أفراده كدلالة اسم كلّ واحد منها عليه، فلا يسقط التكليف بالممكن منها بتعذّر الآخر.

ج ٢٨ / ٤٥٣

فلا يرد: أنّ الموصى به مسمّى الجمع[2]، فينبغي بطلان الوصيّة أو توقّع تنفيذها مع رجائه.

إنّما الكلام: فيما لو قصر حتّى عن الواحد، فهل يجب إعتاق شقص مع الإمكان؟ قولان.

مع أنّه في المسالك: استقرب الوجوب؛ لثبوت عتق الجزء كالكلّ، ولعموم: «لا يسقط...»[3] و«...ما استطعتم»[4] ونحوهما[5].

لكن قد يناقش: بأنّ لفظ الرقبة لا يدلّ على البعض إلّا تضمّناً، والدلالة التضمّنيّة تابعة للمطابقيّة، فإذا فات المتبوع انتفى التابع.

(١ و٣) انظر هامش (١) من ص ١٠٥.

(٢) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ بعدها إضافة: وقد تعذّر.

(٤) عوالي اللآلي: الجملة الأُولى من الخاتمة ح ٢٠٦ ج ٤ ص ٥٨، تفسير الصافي: ذيل الآية ١٠١ من سورة المائدة ج ٢ ص ٩١.

(٥) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٤.

ودعوى: أنّ عتق الرقبة لمّا لم يتحقّق إلّا بعتق جميع أجزائها ـ فكلّ جزء مقصود عتقه ومأمور به بالذات لا بالتبعيّة، فيجب حيث يمكن ـ واضحة المنع؛ ضرورة أنّ المقدّمة وجوبها تبعي لا ذاتي، كما حقّق في محلّه.

نعم، قد يقال: إنّ صرفه في ذلك أولى؛ لأنّه أقرب إلى مراد الموصي، ولأنّه بعض أنواع البرّ الذي هو مصرف الوصيّة المتعذّرة على الأصحّ كما تقدّم، من غير فرق بين ما تجدّد تعذّرها، وبين المتعذّرة ابتداءً، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا أوصى لإنسان بعبد[1] ولآخر بتمام الثلث﴾ باعتبار قيمة العبد، صحّت الوصيّتان؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع، فيقوّم العبد يوم موت الموصي الذي هو حال نفوذ الوصيّة، وينظر إلى بقيّة التركة؛ فإن خرج العبد من الثلث صحّت وصيّته، وينظر بعد ذلك: فإن بقي من الثلث بقيّة فهي للموصى له الثاني، وإلّا بطلت الوصيّة لفوات متعلّقها، وهذا واضح.

إنّما الكلام: فيما لو تغيّرت قيمة العبد أو بقيّة التركة، وقد عرفت فيما تقدّم أنّ المعتبر في قيمة التركة حال الوفاة بالنسبة إلى الزيادة والنقصان، وحينئذٍ فإذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: معيّن.

الوارث فالنقص على الموصى له الثاني ؛ لأنّ الوصيّة بتكملة الثلث بعد الوصيّة الأُولى ، فلابدّ من اعتبار خروج الأُولى أوّلاً ﴿ثمّ﴾ الثانية إن بقي لها من الثلث شيء .

ولو ﴿حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له، كان للموصى له الآخر تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً؛ لأنّه قصد عطيّة التكملة والعبد صحيح﴾ فلابدّ من ملاحظة قيمته صحيحاً في الإخراج من الثلث ، فلو فرض أنّ قيمة العبد صحيحاً مائة والباقي من التركة خمسمائة فأصل الثلث مائتان ، والوصيّة للثاني بمائة ، فإذا تجدّد نقص العبد خمسون ـ مثلاً ـ رجعت التركة إلى خمسمائة وخمسين ، وثلثها مائة وثلاثة وثمانون وثلثاً[1]، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصى له .

↑ ج ٢٨ / ٤٥٤

لكن في المسالك : «ويشكل : بأنّ مقتضى الوصيّة الثانية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له الثاني بعد إسقاط الأُولى ، وهنا ليس كذلك ؛ لأنّ الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة ، فيجب أن يكون نقص العبد محسوباً من التركة بالنسبة إلى الأوّل ، فهو كالباقي ، فالمتّجه أن يكون للثاني مائة ، والواصل إلى الورثة الثلثان وزيادة»[2].

وفيه : أنّه منافٍ لفرض قصد الموصي الوصيّة للثاني بما زاد عن قيمة العبد صحيحاً ولو باعتبار ظهور الوصيّة به كذلك ، ثمّ الوصيّة

---

(١) الأولى التعبير بـ«وثلث».

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٦.

بالتتمّة للثاني، واعتبار كون ما بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له مسلّم مع عدم صدور النقص بالعين الموصى بها الذي هو كتلف بعض العين الموصى بها؛ ضرورة اقتضائه زيادة الورثة حينئذٍ، واحتساب نفس النقص من التركة منافٍ للواقع ومضرّ للوارث، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال فالزيادة للوارث؛ ضرورة عدم استحقاق الموصى له بالعبد إيّاها لأنّها ليست ممّا أُوصي بها له، ولا الثاني لأنّها ليست من التتمّة، ففي الفرض يأخذ الموصى له الثاني ما زاد عن قيمة العبد صحيحاً من المائة والثلاثة وثمانين وثلث، وهو ما عدا المائة، فتكون الخمسون للورثة، وعلى ما ذكره هو يكون للوارث ثلاثة و[1] ثلاثون وثلث.

هذا كلّه في النقص للعيب.

أمّا لو كان باعتبار السوق وكان خمسين ـ مثلاً ـ اعتبر قيمة التركة عند الوفاة، ولا ينقص بسببه شيء على الثاني، بل يعطى تمام الثلث حينئذٍ، وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

والفرق: أنّ العين هنا قائمة بحالها، والثلث إنّما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حال الوفاة، بخلاف نقص المعيب، فإنّه نقص محسوس له حصّة من الثمن، ولهذا ضمنه الغاصب وثبت[2] أرشه للمشتري دون رخص السوق.

---

(١) ضرب في بعض النسخ على «ثلاثة و».

(٢) في بعض النسخ: ويثبت.

مع احتمال أن يقال أيضاً: إنّ الموصي قصد التتمّة مع مساواة العبد القيمة العليا، فتأمّل. ج ٢٨ / ٤٥٥

﴿وكذا لو مات العبد قبل موت الموصي بطلت الوصيّة﴾ به بفوات متعلّقها ﴿وأُعطي الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح﴾ لأنّ له تكملة الثلث فلا يسقط بموته شيء، فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حيّاً، ويحطّ قيمته من الثلث، ويدفع الباقي إلى الموصى له الثاني.

نعم، لو فرض نقص المال غير العبد ـ كأن ينقص مائة مثلاً ـ فالنقص على الثاني، فيكون له ستّة وستّون وثلثان، ولا يجري مجرى موت العبد؛ لأنّ الفائت هنا على الورثة وهناك على الموصى له الأوّل، وجانب الورثة موفّر، كما أنّه لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة كان محسوباً عليهم، فيكون للثاني تمام المائة، هذا.

ولكن في الدروس: «ولو أوصى له بعبد ولآخر بتمام الثلث صحّ، فإن مات العبد قبل الموصي بطلت الوصيّة به ويعطى الآخر التتمّة، فلو كان قيمته مائة وباقي المال خمسمائة أُعطي الثاني مائة، ويشكل: بأنّ الثلث الآن أنقص من الأوّل، وكذا لو عاب أو رخص»[1].

ومقتضاه حينئذٍ إعطاء تتمّة الثلث الآن لا غير بعد إسقاط قيمة العبد صحيحاً؛ لأنّ الموصي قصد ذلك.

(١) الدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٧ ج ٢ ص ٣١٤.

وفيه: أنّ الموصي قصد ذلك بعد ملاحظة العبد من التركة، لا أنّه يخرج من ثلث ما عداه، فلا فرق حينئذٍ بين موته قبل الموصي وبعده، كما أنّه لا فرق في أصل المسألة بين تسليم[1] العبد إلى الموصى له وعدمه بعد فرض كون التعيّب في حياة الموصي، كما عساه يومئ إليه الحكم ببطلان الوصيّة بموته؛ ضرورة أنّ تسلّمه قبل موت الموصي كعدم تسلّمه، فالتقييد حينئذٍ في المتن[2] وغيره بذلك غير واضح.

ودعوى: إمكان إرادته الأعمّ من حياة الموصي وموته، يدفعها: عدم تماميّة الحكم حينئذٍ فيما بعد الموت بناءً على أنّ القبول كاشف عن الملك حين الموت، فالنقص بالعيب حينئذٍ داخل في ملك الموصى له الأوّل، فلا يحتسب على غيره.

وبذلك كلّه وما تقدّم في المباحث السابقة ظهر لك الحال في أقسام المسألة، وإن كثّرها في المسالك فقال: «إنّما الكلام فيما لو تغيّرت قيمة العبد أو بقيّة التركة بزيادة أو نقصان قبل موت الموصي أو بعده، وقبل تسلّم الموصى له العبد أو بعده، وقبل وصول الثلثين إلى الورثة وبعده»[3]، لكن عند التأمّل لا محصّل لها، فتأمّل جيّداً، هذا.

↑ ج ٢٨ / ٤٥٦

﴿و﴾ قد ظهر لك ممّا قدّمناه سابقاً: أنّه ﴿لو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصيّة للآخر﴾ لانتفاء موضوعها، والله العالم.

---

(١) في بعض النسخ: تسلّم.

(٢) في بعض النسخ: «بالمتن» بدل «في المتن».

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٢٩٥.

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿لو [١] أوصى له بأبيه، فقبل الوصيّة وهو مريض، عتق عليه من أصل المال إجماعاً منّا﴾ سواء قلنا : بأنّ المنجّزات منه أو من الثلث ﴿لأنّه﴾ على الثاني ﴿إنّما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه﴾ ممّا فيه ضرر على الوارث [٢] ﴿وهنا﴾ مع أنّه ﴿لم يخرجه﴾ عن ملكه حتّى يكون من التنجيز ﴿بل بالقبول ملكه، و﴾ لكن ﴿انعتق عليه﴾ قهراً ﴿تبعاً لملكه﴾ لم يكن فيه ضرر على الوارث .

وما عن بعض العامّة : أنّ خروجه من الثلث كالعتق اختياراً [٣]، بل عن العلّامة أنّه قوّاه في التحرير [٤] ـ لأنّ اختيار السبب كاختيار المسبّب ، فمتى كان الأوّل مقدوراً فالثاني كذلك ، وقهريّة العتق لا تقتضي الخروج من الأصل مع استنادها إلى اختيار المريض في التملّك ـ واضح الضعف بعد ما عرفت .

ومثله ما لو وهب فقبل الهبة وهو مريض ، وكذا لو كان قد ملكه بغير اختياره كالإرث ، بل هو أولى بالحكم من الأوّل .

نعم ، لو ملكه مختاراً بعوض موروث ـ كما لو اشتراه مثلاً بثمن المثل ـ اتّجه القول بخروجه من الثلث ؛ لأنّ تملّكه له باختياره سبب في عتقه ، فجرى مجرى المباشرة المفوّتة للمال على الوارث ، ولو باعتبار

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: إذا.

(٢) في بعض النسخ: «بالوارث» بدل «على الوارث».

(٣) الحاوي الكبير: ج ٨ ص ٢٧٤.

(٤) تحرير الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٣ ص ٤٠٢.

بذل الثمن في مقابلة ما يعلم فواته وزوال ماليّته.

مع أنّ المحكي عن أحد قولي الفاضل في القواعد نفوذه من الأصل أيضاً[١]؛ لأنّه إنّما يحجر عليه في التبرّعات، والشراء ليس بتبرّع فلا يكون محجوراً عليه، والعتق حصل بغير اختياره، فلا يعتبر فيه الثلث، وإن كان فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

أمّا لو اشتراه بما يزيد عن ثمن المثل فلا ريب في كون الزائد محاباة يخرج من الثلث بناءً على القول بكون التبرّعات منه.

كما أنّ الظاهر خروجه من الأصل ـ على القولين ـ لو ملكه بعوض موروث ولكنّه بغير اختياره؛ بمعنى: استناده إلى أمر الشارع له به، مثل ما لو نذر في حال المرض ـ إن جوّزنا كونه من الأصل ـ أنّه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده وهو مريض فاشتراه.

ج ٢٨ / ٤٥٧

وقد يحتمل ضعيفاً كونه من الثلث؛ لحصول السبب المقتضي للتصرّف في المرض.

وفيه: أنّه ـ بعد أن كان ذلك بسبب إيجاب الشارع ـ صار بمنزلة الدين.

وكذا لو ملكه بعوض غير موروث باختياره، كما لو آجر نفسه للخدمة به، فيعتق من الأصل على القولين؛ لعدم تفويته شيئاً على الورثة.

وأولى أن يملكه كذلك بغير اختياره بل بإلزام الشارع، كما لو كان

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٥.

قد نذر تملّكه بالإجارة كذلك.

ولو اشترى أباه بدون ثمن المثل بأن حاباه البائع بالنصف مثلاً ـ فباعه إيّاه بخمسمائة وهو يسوى ألفاً ـ صحّ حينئذٍ في سبعة أعشاره عند الشيخ ومن وافقه[1]؛ لأنّ نصفه بمنزلة الهبة التي تخرج من الأصل، وعشران منه ينفذ فيهما البيع بناءً على أنّ التركة ستّمائة فثلثها منها مائتان، فينفذ فيهما البيع ويبطل في الباقي، ويردّ من الثمن ثلاثمائة، فهي مع المائة الباقية أربعة ثلثان للورثة.

وفيه: أنّ بطلان البيع في جزء من أحد العوضين يقتضي بطلانه في مقابله من العوض الآخر؛ لأنّ المجموع في مقابل المجموع، وليست المحاباة هبة حقيقةً وإنّما هي في معنى الهبة، فتمتنع الصحّة في مجموع أحد العوضين والبطلان في البعض الآخر.

فالمتّجه حينئذٍ: بطلان البيع في ثلاثة أخماس العبد في مقابلة ما زاد على ثلث التركة، أعني ثلاثة أخماس الثمن وهو ثلاثمائة، ويصحّ في خمسيه بمائتين فينعتق فيه الخمسان، ويكون التصرّف في ثلث التركة أعني المائتين، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿لو[2] أوصى له بدار﴾ مثلاً ﴿فانهدمت﴾ لا بفعل الموصي

---

(١) أي الذين يقولون بأنّ البيع إنّما يبطل في القدر الزائد عن الثلث خاصّة دون ما قابله. وانظر المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٧.

(٢) في نسخة الشرائع: إذا.

﴿وصارت براحاً، ثمّ مات الموصي، بطلت الوصيّة؛ لأنّها خرجت عن اسم الدار﴾ الذي هو للمركّب الفائت بفوات أحد أجزائه، وخصوصاً ما تفوت به حقيقته.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردّد﴾ ينشأ: ممّا سمعت، ومن بقاء بعض متعلّق الوصيّة الذي لا يفوت بفوات البعض الآخر بعد أن كانت الوصيّة بكلّ جزءٍ جزءٍ، وإن أدّاها بالوصيّة باسم المجموع.

لكنّه كما ترى؛ ضرورة ظهور اللفظ في الوصيّة بالبعض من حيث كونه جزءً من المركّب، لا أنّه وصيّة به لنفسه مستقلّاً، كما أوضحنا ذلك في باب البيع عند البحث على مسألة جواز بيع الوقف عند خرابه[1]. ↑ ج ٢٨ / ٤٥٨

وربّما فصّل بعضهم[2]: بأنّه إن كان الموصى به داراً معيّنة فانهدمت فالوصيّة باقية؛ لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، وتغيّر الاسم لم يثبت كونه قادحاً، والباقي منها بعض ما أوصى به، وإن كان قد أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت؛ لانتفاء المسمّى. واستحسنه في المسالك[3].

وفيه ما لا يخفى بعد ما سمعت؛ ضرورة الاكتفاء في البطلان بانتفاء الموصى به؛ باعتبار جعل عنوان الوصيّة الاسم المخصوص المفروض انتفاء مسمّاه بالانهدام، وكفى بذلك مبطلاً من غير فرق بين كونها معيّنة

(١) تقدّم هذا الفرع في ج ٢٣ ص ٥٧٥ ...

(٢) اختاره الشهيد في الحواشي على ما نقله في مفتاح الكرامة: الوصايا / الأحكام الراجعة إلى اللفظ ج ٢٣ ص ٣٩٥.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / في اللواحق ج ٦ ص ٣٠١.

أو لا ، هذا .

وفي المسالك : «وموضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي ، وإلّا كان رجوعاً»[1].

قلت : هو ليس إلّا لما ذكرناه ممّا لا فرق فيه بين فعل الموصي وغيره ، فتأمّل جيّداً ؛ كي تعرف الحكم في نظائر المسألة ، بل وفي غير الوصيّة ، والله العالم .

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا قال: أعطوا زيداً والفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصيّة﴾ كما لو أوصى لقبيلتين مختلفتي العدد .

﴿وقيل[2]: الربع﴾ لأنّ أقلّ الفقراء ثلاثة ، وقد شرّك بينهم وبين زيد بالعطف ، فيكون كأحدهم .

وفيه : أنّ التشريك بين زيد والفقراء ، لا بينه وبين آحاد الجمع ، فهو حينئذٍ فريق والجمع فريق آخر ، وإلّا لم يكن الربع ؛ ضرورة عدم انحصار آحاد الجمع في الثلاثة ، وكونها أقلّ لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل له ولغيره .

ومن هنا يحكى عن بعض العامّة وجه ثالث في المسألة : وهو أن يكون زيد كأحد الفقراء ، فإن قسّم المال على أربعة من الفقراء أعطى

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المجموع: ج ١٥ ص ٤٦٩، وقوّاه في المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٣٩.

زيداً الخمس... وهكذا[١].

ورابع: أنّه يعطى زيد أقلّ ما يتموّل، ولا يجوز حرمانه وإن كان غنيّاً[٢].

وخامس: أنّه إن كان فقيراً فهو كأحدهم، وتخصيصه للاهتمام به، وإن كان غنيّاً فله النصف[٣].

ج ٢٨ / ٤٥٩

وسادس: إن كان غنيّاً فله الربع، وإلّا فالثلث؛ لدخوله فيهم[٤].

وسابع: أنّ الوصيّة في حقّ زيد باطلة؛ لجهالة من أُضيف إليه[٥].

وإن كان الجميع كما ترى، ولذا انحصر أقوال أصحابنا في الأوّلين ﴿و﴾ قد عرفت أنّ ﴿الأوّل﴾ منهما ﴿أشبه﴾ بل لعلّه كذلك إذا وصف زيداً بوصف الجمع فقال: «لزيد الفقير والفقراء»، وأولى منه لو وصفه بغير وصفهم، كما لو قال: «لزيد الكاتب والفقراء».

وعلى كلّ حال، فلابدّ من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء مراعاةً لصيغة الجمع إذا لم يفهم منه إرادة الجنس على جهة مصرف الزكاة كما عرفته سابقاً، والله العالم.

﴿القسم الثاني: في تصرّفات المريض﴾

﴿وهي نوعان: مؤجّلة﴾ بما بعد الموت ﴿ومنجّزة﴾ أي حاضرة معجّلة لم تؤجّل بالموت.

---

(١) المجموع: ج ١٥ ص ٤٦٩، حلية العلماء: ج ٦ ص ٩٨.

(٢ ـ ٥) العزيز: ج ٧ ص ٩٤ ـ ٩٥، نهاية المحتاج: ج ١٩ ص ٣٠٠، أسنى المطالب: ج ١٣ ص ٤٦٠.

﴿فالمؤجّلة﴾: وصيّة كتمليك عين أو منفعة مثلاً، وغير وصيّة كالتدبير ـ بناءً على أنّه ليس من الوصيّة بل هو عتق ـ والنذر المؤجّل بالموت.

وعلى كلّ حال، فـ﴿حكمها حكم الوصيّة﴾ في الخروج من الثلث ﴿إجماعاً، وقد سلفت. وكذا﴾ لك ﴿تصرّفات الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت﴾.

وقد تبعه على هذا التعبير الفاضل في القواعد[1]، والإنصاف عدم خلوّه عن سماجة.

ولعلّ الأولى منه جعل تصرّفاته قسمين: وصيّة ـ أي معلّقة بما بعد الموت ـ ومنجّزة، والأُولى من الثلث، والثانية فيها البحث المعروف.

ولا يرد التدبير والنذر المقيّد بالموت بناءً على أنّهما من الوصيّة، بل وعلى تقدير أنّهما ليسا منها فحكمهما في محلّهما، ولم يثبت صحّة تصرّف مؤجّل بما بعد الموت غير وصيّة غيرهما.

على أنّ إلحاق النذر المزبور بالوصيّة في الحكم المذكور أحد القولين في المسألة، والآخر: أنّه من الأصل، فلا يناسب دعوى الإجماع عليه، بل في دعوى الإجماع على خروج الوصيّة من الثلث ـ فضلاً عنه ـ مناقشة؛ لمعروفيّة خلاف الصدوق في ذلك[2]، اللّهمّ إلّا أن لا يعتدّ بخلافه.

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٩.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: الهبات / في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.

وأيضاً فمحلّ البحث هنا: تصرّفات المريض التي معظمها الوصيّة ولم يفده إلّا بالتشبيه، مع أنّ الحكم المزبور غير خاصّ بالمريض كما اعترف هو به.

↑ ج ٢٨ / ٤٦٠

وما في المسالك من أنّه «بناءً على ما استفيد من تعريف المصنّف الوصيّة: بأنّها تمليك عين أو منفعة... إلى آخره، يتحقّق[1] أفراد كثيرة يطلق عليها اسم التصرّف المؤجّل دون الوصيّة؛ كالوصيّة بالعتق، والوقف على جهة عامّة، والوصيّة بإبراء المديون... وغير ذلك»[2].

فيه ما لا يخفى؛ ضرورة أنّه لا وجه لإنكار إطلاق اسم الوصيّة العهديّة على ذلك، وإن انتفى عنها اسم الوصيّة التمليكيّة، كما كشفنا عن ذلك في أوّل الكتاب، والأمر في ذلك كلّه سهل بعد وضوح المراد.

﴿أمّا منجّزات المريض إذا كانت تبرّعاً﴾ محضاً ﴿كالمحاباة في المعاوضات والهبة والعتق والوقف، فقد قيل: إنّها من أصل المال، وقيل: من الثلث، واتّفق القائلان على أنّه لو برئ﴾ المريض ﴿لزمت من جهته وجهة الوارث أيضاً﴾ أي من حيث كونها تبرّع مريض ﴿والخلاف فيما لو مات في ذلك المرض﴾.

وقد أشبعنا الكلام في جميع أطراف المسألة في كتاب الحجر[3]؛ حتّى فيما ذكره المصنّف هنا أيضاً من قوله: ﴿ولابدّ من الإشارة إلى﴾

---

(١) في المصدر بدلها: يتخلّف.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٠٤.

(٣) في ج ٢٧ ص ١٢٣ ...

ذلك ﴿المرض الذي معه يتحقّق وقوف التصرّف على الثلث﴾ بناءً عليه ﴿فنقول﴾:

إنّ المحكي عن الشيخ(١) ومن تبعه(٢) أنّ عنوان الحكم في ذلك: المرض المخوف.

وحينئذٍ فـ﴿كلّ مرض لا يؤمن معه(٣) الموت غالباً فهو مخوف؛ كحمّى الدِّقّ، والسلّ، وقذف الدم، والأورام السوداويّة والدمويّة، والإسهال المنتن، والذي يمازجه دهنيّة، أو براز أسود يغلي على الأرض... وما شاكله﴾ ممّا يرجع فيه إلى أهل الخبرة والتجربة من الأطبّاء؛ فإنّ الأمراض يحصل بها تفاوت، وله طرفان وواسطة:

أمّا أحد الطرفين فهو الذي يقارن الموت، كحال من قطع حلقومه ومريّه وشقّ جوفه وأُخرج حشوه، بل قيل(٤): إنّ في اعتبار نطق مثل هذا إشكالاً، ينشأ:

من عدم استقرار حياته، فلا يجب بقتله دية كاملة ولا قصاص في النفس، بل حكمه حكم الميّت؛ ولذا لا يصحّ إسلام الكافر في هذا

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٢) كابن حمزة في الوسيلة: بيان أحكام الوصيّة ص ٣٧٢، والكركي في جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: من.

(٤) كما في قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠، وجامع المقاصد: (انظره في الهامش قبل السابق: ص ٩٩ ـ ١٠٠).

الحال ولا توبة الفاسق ، فلا يعدّ حينئذٍ بيعه بيعاً ولا إقراره إقراراً .

ومن صدق كونه عاقلاً رشيداً ، فالعمومات تتناوله ، ولا يلزم من إلحاقه بالأموات في بعض الأحوال ـ لدليل خاصّ ـ إلحاقه بهم في جميعها ، وإن كان الأقوى الأخير .

ج ٢٨ / ٤٦١

﴿وأمّا﴾ الثاني : وهي ﴿الأمراض التي﴾ لا يقارنها الموت عادةً بل ﴿الغالب فيها السلامة، فـ﴾إنّ هذه ﴿حكمها حكم الصحّة، كحمّى يوم، والصداع[١] عن مادّة أو غير مادّة[٢]، والرمد، والسلاق﴾ الذي هو غلظ في الأجفان عن مادّة رديئة غليظة يحمرّ لها الجفنان ، وينتثر الهدب ، بل ربّما أدّى إلى قلع الجفن وفساد العين . . . ونحو ذلك من الأمراض التي ليست بمخوفة .

بل قيل[٣] : منها الفالج والسلّ المستمرّ لتطاول زمانهما ؛ وذلك لأنّ الفالج : استرخاء لأحد شقّي البدن لانصباب خلط بلغمي يفسد[٤] منه مسالك الروح ، والسلّ : داء يصيب الرئة ، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار ، فليسا بمخوفين لا في الأوّل ولا في الثاني ؛ إذ الثاني منهما وإن كان لم يسلم منه صاحبه غالباً لكن لا يخشى من الموت عاجلاً ، فهو بمنزلة الشيخوخة والهرم ، وقيل[٥] : إنّ انتهاءه مخوف وابتداءه غير

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: وكالصداع.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بعدهاإضافة: والدمل.

(٣) كما في قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٠، وجامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٠٠.

(٤) في العديد من المصادر ـ كالقاموس المحيط وجامع المقاصد ـ بدلها: تنسدّ.

(٥) روضة الطالبين: ج ٥ ص ١٢٠، شرح الأزهار: ج ٣ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

مخوف ؛ لأنّ مدّته تتطاول فلا يخاف من الموت عاجلاً ، فإذا انتهى خيف منه ، وربّما قيل [١] : إنّ ابتداءه مخوف فإذا استمرّ لم يكن مخوفاً .

ولكنّك خبير أنّه لا وجه لهذا الخلاف بين الفقهاء ؛ فإنّ الفقه لا مدخل له في ذلك ، وإنّما المرجع فيه قوانين الطبّ والتجربة ، خصوصاً مع عدم معرفة زمان الانتهاء ، فإنّه غير مضبوط كالابتداء .

وأمّا الواسطة فهي ما أشار إليها المصنّف بقوله : ﴿وكذا ما يحتمل الأمرين كحمّى العَفِن﴾ المتعلّقة بالأخلاط الأربعة مع تعفّنها .

وفي المسالك : «أنّ الحمّى العفنيّة أنواع ، منها : الوِرد وهي التي تأتي كلّ يوم ، والغِبّ وهي التي تأتي يوماً وتترك يوماً ، والثِّلث وهي التي تأتي يومين وتترك يوماً ، و[الرِّبع ـ بكسر أوّله وكذا ما قبله من الحُمَّيات ـ وهي التي تأتي يوماً وتترك يومين و] [٢] تعود في الرابع ، والأخوين وهي التي تأتي يومين وتترك يومين ، وقد أطلق المصنّف أنّها ليست مخوفة بل محتملة للأمرين ، وذكر جماعة منهم العلّامة : أنّ ما عدا الغِبّ والرِّبع مخوف» [٣] .

قلت : لكن في القواعد تمثيل المحتمل بحمّى المطبقة ، قال : «لا كحمّى الرِّبع والغِبّ إلّا أن ينضمّ إليها برسام أو رعاف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رئة أو قولنج» [٤] .

---

(١) كما في تحرير الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٣ ص ٤٠٧.

(٢) الإضافة من المصدر.

(٣) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٣.

(٤) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٠.

والأمر في ذلك سهل بعد أن عرفت أنّ المرجع في ذلك أهل الطبّ والتجربة.

﴿و﴾ كذا الكلام في ﴿الزحير﴾ الذي هو حركة منكرة[1] تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره ﴿والأورام البلغميّة﴾ والطاعون وغيرها.

وإن ذكروا[2]: أنّ[3] الأوّل منهما يكون مخوفاً مع اقترانه بإسهال ونحوه، بل قيل[4]: إنّ الإسهال إذا تواتر ولم يمكن منعه فهو مخوف؛ لأنّ من لحقه ذلك أسرع في موته لتجفيفه رطوبات البدن.

↑ ج ٢٨ / ٤٦٢

نعم، إن لم يكن متواتراً؛ فإن كان يوماً أو يومين ولم يدم فليس بمخوف؛ لأنّه قد يكون من فعل الطعام، إلّا أن يقترن به زحير، وهو أن يخرج بشدّة أو بوجع أو تقطيع بمعنى خروجه مقطّعاً، وقد يتوهّم انفصال شيء كثير فإذا نظر كان قليلاً، فإنّه حينئذٍ يكون مخوفاً لإضعافه القوّة، وكذا لو كان معه دم؛ لأنّه يسقط القوّة، وكذا الإسهال المنتن؛ أو الذي يمازجه دهنيّة أو براز أسود يغلي على الأرض.

وفي الأخير أنّه يكون من هيجان الدم على جميع البدن فينتفخ به البدن مع الحمّى، أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو... إلى غير ذلك من كلماتهم المتكثّرة في هذا المقام.

---

(١) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ بعدها إضافة: من المعاء المستقيم.

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٣.

(٣) في بعض النسخ بدلها: في.

(٤) كما في جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٠٣.

والمهمّ: بيان أصل الحكم؛ فإنّه لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على جعل «المخوف» عنواناً للحكم كي يتّجه المباحث المزبورة وغيرها، وإنّما الموجود فيها: «حضرته الوفاة» أو «عند وفاته» و«المريض» و«غير الصحيح»... ونحو ذلك.

ودعوى[1]: كون المتيقّن فيها المرض المخوف ـ فيبقى غيره على الأُصول والعمومات ـ كما ترى.

أو عدم صدق اسم المريض على غير المخوف عرفاً، بل هو خاصّ بالمخوف، والحقيقة العرفيّة مقدّمة على غيرها.

وكذا دعوى[2]: كون المراد من قوله: «عند موته» ظهور أماراته، لا نزول الموت قطعاً، على أنّه أقرب منه، والمراد ظهور أماراته بالمرض؛ لإشعار قوله عليه‌السلام: «المريض محجور عليه إلّا في ثلث ماله»[3] بذلك، وللإجماع على عدم الحجر بغير المرض.

ومن هنا قال المصنّف: ﴿ولو قيل: بتعلّق[4] الحكم بالمرض الذي يتّفق به الموت سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن، لكان حسناً﴾ لإطلاق الأدلّة، بل في القواعد: أنّه الأقرب[5]، وحينئذٍ يراد

(١ و٢) كما في جامع المقاصد: (المصدر السابق: ص ٩٦).

(٣) أرسله في جامع المقاصد: (المصدر السابق: ص ٩٧)، وقد أشار إلى كونه من مرسلات جامع المقاصد في ج ٢٧ ص ١٣٢.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: يتعلّق.

(٥) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٩.

بـ «حضور الوفاة» و«عند الموت» المرض الذي يموت به .

لكن قد يناقش : بمنع صدق اسم المرض بوجع السنّ ونـحوه وإن اتّفق الموت به ، بل لا يكاد يتّفق العـلم بـحصول المـوت بـه عـادةً ، واحتمال : الاكتفاء به بمقارنة الموت له ـ وإن لم يعلم كون الموت به ـ مخالف لظاهر العبارة .

نعم ، ربّما كان ذلك ظاهر ما في القواعد : «الأقرب عندي : أنّ كلّ تصرّف وقع في مرض اتّفق الموت معه ـ سواء كان مخوفاً أم لا ـ فإنّه يخرج من الثلث»[١] .

بل في جامع المقاصد : «أنّه يعمّ ما حصل الموت بسببه أو غيره ، حتّى لو قتله قاتل أو أكله سبع ... أو نحو ذلك»[٢] .

↑ ج ٢٨ / ٤٦٣

وإن كان الإنصاف : معلوميّة عدم إرادته ذلك ، كما أنّ الإنـصاف : عدم ظهور الأدلّة فيما يشمل ذلك وإن لم يعلم استناد الموت إليه ، وقد ذكرنا تمام الكلام في كتاب الحجر[٣] .

لكن قد يقال هنا : إنّ مقتضى الأدلّة الخروج عن الثلث بأحد أمرين :

أحدهما : المرض الذي يموت به ، سواء كان مخوفاً أم لا .

وثانيهما : حال حضور الوفاة وإن لم يكن بمرض سابق ، بل كـان تنجيزه في حال نزعه وتشاغله بخروج روحه ، إن لم يكن إجماع على

---

(١) المصدر السابق.

(٢) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

(٣) في ج ٢٧ ص ١٤٦ ...

خروج ذلك من الأصل، كما عساه يظهر ممّا سمعته سابقاً من جامع المقاصد[١]، وإلّا كان المتّجه تقييد إطلاقات المريض به، فيختصّ الخروج من الثلث بما إذا كان عند حضور الوفاة عرفاً، ولعلّه يشمل[٢] ما عدا الأمراض المزمنة التي تستمرّ سنين، فإنّ الخروج من الثلث فيها مختصّ بما إذا قرب موته بها عرفاً، خصوصاً بعد مخالفة المسألة للقواعد، والمتّجه الحكم في محلّ[٣] الشكّ بما تقتضيه، وهو الخروج من الأصل لا الثلث.

ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنّف بقوله: ﴿أمّا وقت المراماة في الحرب﴾ وامتزاج الطائفتين للقتال، مع تساويهما أو تقاربهما في التكافؤ، بل الظاهر عدم اعتبار الامتزاج كما هو ظاهر المتن، خصوصاً في المراماة بالرصاص ونحوه.

نعم، في المسالك: «لو كانت إحداهما قاهرة لكثرتها أو قوّتها، والأُخرى منهزمة، فالخائفة المنهزمة»[٤]، مع أنّه قد يقال: يتحقّق الخوف أيضاً في بعض أفراد ما فرض، سيّما مع الثبات.

﴿والطلق للمرأة، وتزاحم الأمواج في البحر، فلا أرى الحكم يتعلّق بها؛ لتجرّدها عن إطلاق اسم المرض﴾ وفاقاً للمشهور بين

---

(١) هذا الإجماع تقدّم في ص ٩٥٦، إلّا أنّه لم ينسبه إلى جامع المقاصد، بل ورد في ضمن «دعوى» خرّجنا مصدرها ـ نحن ـ من جامع المقاصد.

(٢) في بعض النسخ: شمل.

(٣) في بعض النسخ: «بمحلّ» بدل «في محلّ».

(٤) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.

أصحابنا[١]، بل في المسالك: «لم ينقل المصنّف ولا غيره خلافاً فيه»[٢]، بل في جامع المقاصد ما سمعته من الإجماع المزبور[٣].

لكن عن ابن الجنيد: إلحاقها بالمرض المخوف، بل عنه أنّه زاد: ما إذا قُدّم لاستيفاء قود أو ليُقتل رجماً في الزنا، أو قطع الطريق، أو كان أسيراً في يد عدوّ من عادته قتل الأسير... وغير ذلك ممّا كان في حالةٍ الأغلب فيها التلف[٤].

وهو ـ كما ترى ـ لا دليل عليه بعد كون المراد من قوله: «حضرته الوفاة» و«عند وفاته» حالة مرض ولو مرض نزع روحه؛ بقرينة غيرها من النصوص التي تكشف بعضها عن بعض، خصوصاً ما صرّح فيها بأنّ تصرّف الصحيح ـ الصادق على مثل الفرض قطعاً ـ من الأصل، كما هو واضح.

↑ ج ٢٨ / ٤٦٤

فلا إشكال في المسألة حينئذٍ بناءً على عدم حجّيّة العلّة المستنبطة التي هي رأي المخالفين، وربّما كان ذلك هو الداعي إلى ابن الجنيد في اختيار ذلك قبل رجوعه عن القول بالقياس.

وأمّا ما يحكى عن الشيخ من أنّ «للحامل ثلاثة أحوال: قبل الطلق ومعه وبعده، فما قبله ليس مخوفاً، وما معه مخوف، وما بعده إن

---

(١) نقلت الشهرة في مسالك الأفهام: (المصدر السابق: ص ٣١٥ ـ ٣١٦).

(٢) الهامش السابق.

(٣) انظر هامش (١) من الصفحة السابقة.

(٤) نقله عنه الشهيد في المسالك: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٦.

لم يكن معه دم وألم فليس مخوفاً، وإلّا فهو مخوف»[١]، بل ربّما لاح من الفاضل في القواعد موافقته[٢]، بل في جامع المقاصد: أنّه لا يخلو من وجه[٣].

فليس خلافاً في المسألة في الحقيقة، وإنّما هو في خصوص ذلك، بل لعلّ القول به في بعض الأحوال غير بعيد، والله العالم.

﴿وها هنا مسائل﴾

كثيرة في المقام كما لا يخفى على من لاحظ الكتب المطوّلة، إلّا أنّ المصنّف اقتصر منها[٤] على ستّة:

﴿الأُولى﴾

﴿إذا﴾ تبرّع بتنجيز أُمور متعدّدة في مرض موته، كما لو ﴿وهب وحابى﴾ أي باع بدون ثمن المثل ﴿فإن وسعهما الثلث فلا كلام﴾ في نفوذهما معاً منه ﴿وإن قصر بُدئ بالأوّل فالأوّل حتّى يُستوفى الثلث، وكان النقص على الأخير﴾.

بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا[٥]، ولا إشكال؛ لأنّ الأوّل

---

(١) المبسوط: كتاب الوصايا ج ٤ ص ٤٦.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٠.

(٣) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٠٥.

(٤) في بعض النسخ: فيها.

(٥) نقل الإجماع على ذلك في مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٦.

قد وقع عن حال نفوذ تصرّفه في ثلثه من غير حاجة إلى إذن الوارث، فإذا استوفى الثلث وقع التصرّف حينئذٍ في حقّ الوارث المحتاج إلى الإجازة.

من غير فرق في ذلك بين العتق وغيره، خلافاً لبعض العامّة: فقدّمه مطلقاً[١]، وآخر منهم: فساوى بينه وبين المحاباة على تقدير تأخيرها عنه[٢]. ولا ريب في ضعف الجميع.

وكذا الكلام ـ على الأصحّ ـ فيما لو أوصى بوصايا متعدّدة ما لم تقم قرينة على إرادة العدول، من غير فرق بين أن يكون في اللفظ ما يقتضي الترتيب وعدمه؛ لأنّ السابق قد حكم بصحّته فلا يبطل إلّا بدليل، ولخبر حمران عن الباقر عليه السلام المتضمّن لعتق من ابتدأ بالوصيّة بعتقه ثمّ من بعده... وهكذا[٣]، وقد تقدّم البحث في ذلك[٤]، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

ج ٢٨ / ٤٦٥

﴿إذا جمع بين عطيّة منجّزة و﴾ عطيّة ﴿مؤخّرة﴾ بعد الموت ﴿قدّمت المنجّزة﴾ وإن كانت متأخّرة؛ لاقتضائها الملك فعلاً ﴿فإن اتّسع الثلث للباقي نفذ[٥]﴾ أيضاً ﴿وإلّا صحّ فيما يحتمله الثلث وبطل فيما قصر عنه﴾ إلّا إذا أجاز الوارث، بلا خلاف[٦] ولا إشكال.

(١ و٢) المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤٩٣، المجموع: ج ١٥ ص ٤٤٦ ـ ٤٤٧.

(٣) تقدّم الخبر في ص ٦٣٧.

(٤) في ص ٦٣٧.

(٥) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٦) نقل إجماع جمهور العلماء على ذلك في جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ←

ومن ذلك كلّه ظهر لك أنّ المنجّزات تشارك الوصيّة في:
توقّف نفوذها على سعة الثلث أو إجازة الوارث.
وفي البدأة بالأوّل فالأوّل من غير فرق بين العتق وغيره.
وفي أنّها تصحّ عندنا للوارث وغيره، خلافاً للعامّة[1].
وفي أنّ المدار على الثلث فيهما حال الموت، لا قبله، ولا بعده أو قبله.

قيل: «وفي أنّه يزاحم بها الوصايا في الثلث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها، كما يدخل النقص على وصيّته[2] بسبب أُخرى»[3].
وفيه نظر.

وفي أنّ فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحّة؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله سئل «عن أفضل الصدقة؟ فقال: أن تتصدّق وأنت صحيح شحيح[4] تأمل الغنى[5] وتخشى الفقر، ولا تمهل؛ حتّى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا، وقد كان لفلان وقد كان لفلان»[6].

← ج ١١ ص ١٢٧.
(١) المجموع: ج ١٥ ص ٣٩٩ و٤٢٠، المغني (لابن قدامة): ج ٦ ص ٤١٩، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣٣٢.
(٢) في بعض النسخ: وصيّة.
(٣) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٢٦، مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٧.
(٤) ضبطت في الوسائل بـ«سجيح».
(٥) في المصدر بدلها: البقاء.
(٦) أمالي الطوسي: ح ٨٨٦ ص ٣٩٨، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٩

وتفارقها في: أنّ قبول المنجّزة على الفور، بخلاف الوصيّة التي يقع قبولها بعد الموت.

وفي أنّها مشروطة بالشروط المعتبرة فيها إذا صدرت في حال الصحّة، كالعلم النافي للغرر في المحاباة، والتنجيز المعتبر في البيع وغيره من العقود، بخلاف الوصيّة فإنّها معلّقة بالموت، وعدم الغرر غير شرط في صحّتها.

وفي أنّها لازمة في حقّ المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت؛ لأنّ المنع من الزيادة على الثلث إنّما كان لحقّ الورثة، فلم يملك إجازتها ولا ردّها.

وإنّما كان له الرجوع في الوصيّة لأنّ التبرّع بها مشروط بالموت وقبولها المعتبر إنّما هو بعده، فقبل حصوله لم يوجد التبرّع، فكان للموصي الرجوع، بخلاف العطيّة المفروض حصول الإيجاب والقبول والقبض على الوجه المثمر للّزوم للاقتران بنيّة القربة ونحوه؛ ضرورة كونها حينئذٍ كالوصيّة إذا قبلت بعد الموت.

↑ ج ٢٨ / ٤٦٦

قيل: «وفي أنّها مقدّمة على الوصيّة بالتنفيذ وإن تأخّرت، من غير فرق بين العتق وغيره على ما عرفت»[1]. وفيه نظر.

وفي أنّها لازمة في حقّ المعطي والوارث معاً على تقدير البرء، فإنّه ليس لواحد منهما حينئذٍ إبطالها، بخلاف الوصيّة.

← ص ٤٠٤.

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٨.

وفي أنّ اللزوم في حقّ المتبرّع عليه حيث يكون التصرّف لازماً من طرفه، بخلاف الوصيّة.

والأمر في ذلك كلّه سهل، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا باع كرّاً من طعام﴾ أو غيره ممّا هو ربويّ ﴿قيمته ستّة دنانير﴾ مثلاً ﴿وليس له سواه، بكرّ رديء﴾ مجانس له ﴿قيمته ثلاثة دنانير﴾ مثلاً ﴿فالمحاباة هنا بنصف تركته﴾ ولم يجز الوارث ﴿ف﴾ ـلا إشكال في البطلان في الزائد على الثلث، كما لا إشكال في أنّه ﴿يمضي في قدر الثلث﴾.

وحينئذٍ فالذي بطل فيه المحاباة في الفرض السدس؛ ضرورة أنّ له من الستّة ثلثها وهو اثنان، والفرض أنّه قد حابى بنصف التركة وهو ثلاثة ﴿فـ﴾ يزيد على الثلث واحد هو سدس التركة.

لكن ﴿لو رددنا السدس على الورثة لكان ربا﴾ لمعلوميّة اقتضاء البطلان في المبيع ـ ولو جزء منه ـ البطلان فيما قابله من الثمن، كمعلوميّة عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا؛ لأنّه عقد صدر من أهله في محلّه، فيندرج تحت إطلاق الأدلّة وعموماتها ﴿و﴾ من هنا لم أجد خلافاً في ذلك هنا، بل ربّما ظهر من بعضهم[1] الإجماع عليه.

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٦.

نعم ﴿الوجه في تصحيحه﴾ بحيث يسلم منه من الربا ومن مخالفته قاعدة مقابلة الثمن للمثمن : ﴿أن يردّ على الورثة ثلث كرّهم، ويردّ على المشتري ثلث كرّه﴾ وحينئذٍ ﴿فيبقى مع الورثة ثلثا كرّ قيمتهما ديناران، ومع المشتري ثلثا كرّ﴾ من الجيّد ﴿قيمتهما أربعة﴾ ويردّ على المشتري ثلث ثلث كرّه .

وحينئذٍ فيبقى مع الورثة ثلث كرّ قيمته ديناران ، مضافاً إلى ثلثي الكرّ الرديء اللذين قيمتهما ديناران ومع المشتري ثلثا كرّ قيمتهما أربعة دنانير ، مضافاً إلى ثلث الكرّ المردود إليه الذي قيمته دينار ، فيكون المجتمع عنده خمسة دنانير ، كما أنّ المجتمع عند الورثة أربعة دنانير ، لكن منها دينار قيمة ثلث كرّه الذي رجع إليه .

وأمّا الباقي عنده من كرّهم أربعة دنانير اثنان منها قد استحقّهما في مقابلة ثلثي كرّه الرديء ﴿فيفضل معه﴾ أي المشتري ﴿ديناران، و﴾ هذه الفضلة ﴿هي قدر الثلث من الستّة[1]﴾ الذي نفذت فيه المحاباة .

ج ٢٨ / ٤٦٧

وبذلك يحصل الجمع بين حقّي الوارث والمشتري ومراعاة القاعدة التي سمعتها ، وحينئذٍ يبطل البيع في ثلث الكرّ وما قابله من الثمن ، ويصحّ في ثلثيه وما قابلهما من الثمن .

والضابط : أنّه يجب أن يبقى مع الورثة ضعف ما صحّت فيه المحاباة من غير لزوم الربا .

وطريقه : أن يسقط قيمة كرّ المشتري من قيمة كرّ الورثة ، وينسب

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ستّة.

ثلث المبيع إلى الباقي ، فيصحّ البيع في تلك النسبة .

ففي الفرض ـ مثلاً ـ إذا أُسقط ثلاثة دنانير من ستّة بقي ثلاثة ، فإذا نُسب إليها ديناران كانا ثلثيها ، فيصحّ البيع في ثلثي كرّ بثلثي الآخر ، ويترادّان الثلث .

ولو فرض أنّ قيمة كرّ المريض تسعة وكرّ المشتري بحاله ، كانت المحاباة بثلثي التركة ، وتصحيحه إنّما يكون بترادّ النصف من كلّ منهم ، فيكون المجتمع عند الورثة ستّة دنانير ، أربعة ونصف قيمة كرّهم [١] الذي رجع إليهم ، ودينار ونصف قيمة الكرّ [٢] الذي هو الثمن . وعند المشتري أيضاً ستّة ، لكن منها دينار ونصف قيمة نصف كرّه الذي رجع إليه ، وأمّا الباقي عنده من كرّهم نصف قيمته أربعة دنانير ونصف ، منها دينار ونصف في مقابلة نصف كرّه الذي عند الورثة ، وثلاثة دنانير بالمحاباة النافذة فيها ؛ لأنّها قدر الثلث الذي فرض أنّه بقي في يد الورثة ضعفاه ، أي ستّة .

وطريقه على ما سبق : أن تسقط ثلاثة قيمة كرّه الرديء من التسعة قيمة الكرّ الجيّد ، يبقى حينئذٍ ستّة ، فإذا نسبت الثلث إليها كان نصفاً منها ، فيعلم حينئذٍ صحّة البيع في نصف أحدهما بنصف الآخر .

وهكذا القياس في جميع ما يرد عليك من الأمثلة في هذه المسألة الدوريّة ؛ لتوقّف معرفة قدر المبيع فيها على معرفة قدر التركة ؛

---

(١) أي قيمة نصف كرّهم.

(٢) أي قيمة نصف الكرّ.

لاشتمالها على المحاباة التي لا تخرج إلّا من الثلث الذي تجب معرفة قدره، ومعرفته متوقّفة على معرفة قدر مجموع التركة، ومعرفة قدر مجموع التركة متوقّفة على معرفة قدر الثمن؛ لأنّه من جملتها، ومعرفة قدر الثمن متوقّفة على معرفة قدر المبيع، فيدور، ولكنّه دور معيّة، وهو الذي يتوقّف كلّ منهما على مصاحبة الآخر كالمتضايفين، لا الدور المحال، وهو الذي يتوقّف وجود كلّ منهما على وجود صاحبه؛ بمعنى أنّه لا يوجد إلّا بعد وجوده.

وللعلماء في التخلّص من هذا الدور وبيان المطلوب طرائق، منها: طريق الجبر والمقابلة، ومنها: طريق الخطأين، كما أطنب بهما في المسالك[1]، وإن كان في غير محلّه؛ ضرورة عدم كونه وظيفة الفقيه، وستسمع كيفيّة الأوّل منهما ـ إن شاء الله ـ في المسألة الآتية التي يقاس عليها غيرها من المسائل الدوريّة التي أطنب بها في القواعد[2]، والأمر سهل.

↑ ج ٢٨ / ٤٦٨

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿لو باع عبداً قيمته مائتان بمائة وبرئ﴾ من المرض ولم يكن له سواه ﴿لزم العقد﴾ كما في غيره ممّا ينجّزه، بلا خلاف[3] ولا إشكال؛

---

(١) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٢١...

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٨...

(٣) ينظر المبسوط: الوصايا / ما يجوز للوصي أن يصنعه... ج ٤ ص ٦٤، وإصباح الشيعة: ←

لإطلاق الأدلّة.

﴿و﴾ كذا لو مات وأجاز الوارث، نعم ﴿إن مات ولم تجز[1] الورثة صحّ البيع﴾ في الجملة بلا خلاف؛ للإطلاق.

كما لا خلاف ـ على القول بأنّ المنجّزات من الثلث ـ في عدم النفوذ في الجميع، إنّما الكلام ﴿في﴾ تعيّن قدر المبيع:

وحيث إنّ المقام لا ربا فيه فالمصنّف والمحكي عن الشيخ[2] ومن تبعه[3] ـ بل نسبه بعضهم إلى المشهور[4] ـ على أنّه ﴿النصف في مقابلة ما دفع﴾ من الثمن المفروض مساواته للنصف ﴿وهي ثلاثة أسهم من ستّة، وفي السدسين بالمحاباة، وهو[5] سهمان هما الثلث من ستّة﴾ الذي نفذت فيه المحاباة ﴿فيكون ذلك خمسة أسداس العبد، وتبطل[6]﴾ أي المحاباة ﴿في الزائد﴾ عن الثلث ﴿وهو سدس﴾ العبد ﴿فيرجع على الورثة، و﴾ لكنّ ﴿المشتري﴾ مع جهله بالحال ﴿بالخيار: إن شاء فسخ لتبعيض[7] الصفقة، وإن شاء أجاز﴾ وكانت الخمسة أسداس في مقابلة مجموع الثمن ﴿و﴾ رجع السدس على الورثة من غير ردّ شيء من الثمن.

← الوصيّة / الفصل الثاني ص ٣٥٩، والدروس الشرعيّة: الوصيّة / درس ١٧٤ ج ٢ ص ٣٠٢، ومسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٢٤.

(١) في نسخة الشرائع: ولم يجز.

(٢ و٣) انظر المبسوط والإصباح في الهامش قبل السابق.

(٤) نسبه إلى الأكثر في جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٤٥.

(٥ ـ ٧) في نسختي الشرائع والمسالك: وهي... وبطل... لتبعّض.

بل «لو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والإجابة؛ لأنّ حقّهم منحصر في العين» فلا يلزمون بالعوض قهراً.

كلّ ذلك لأصالة لزوم العقد من الجانبين إلّا في قدر الضرورة، ولأنّ هذا العقد في قوّة بيع وهبة صحّت فيما له، وبطلت فيما ليس له، ولا ربا في المقام.

ولكن فيه: أنّه منافٍ لقاعدة اقتضاء بطلان البيع في المبيع البطلان أيضاً فيما قابله من الثمن، كما في غيره من أفراد البيع الذي يصحّ في بعض ويبطل في آخر.

ومن هنا قال الفاضل في القواعد ـ بل قيل: «في أكثر كتبه»[1] ـ: «الحقّ عندي هنا مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء المبيع كما في الربوي، ولأنّ فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن، وكما لا يصحّ فسخ البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن، كذا لا يصحّ في البعض مع بقاء جميع الثمن»[2].

↑ ج ٢٨ / ٤٦٩

وتبعه على ذلك الكركي محتجّاً بما أومأ إليه من أنّ «البيع يقتضي مقابلة جميع أجزاء المبيع بجميع أجزاء الثمن؛ لأنّ ذلك معنى المعاوضة، فإذا بطل البيع في شيء من المبيع وجب أن يبطل في مقابلته

(١) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ١٤١.

(٢) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٦.

من الثمن ، وإلّا لبقي ذلك البعض من غير مقابل ، فينتفي فيه معنى المعاوضة»[١].

وبذلك يبطل استدلالهم بالأصل المزبور ، والعقد المذكور لم يشتمل على بيع وهبة بالاستقلال ، وإنّما هو بيع يلزمه ما هو كالهبة ، وليس للهبة فيه ذكر ؛ إذ ليس هناك إلّا الإيجاب والقبول اللذان هما عقد البيع ، ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة أن يتخلّف عن البيع مقتضاه ، وهو المقابلة المزبورة .

ولا أقلّ من أن يكون هذا التحابي مثل من حابى بماله ومال غيره فلم يجز ، فإنّه يبطل من الثمن بمقدار ما قابله ، ومثله المحاباة .

قلت : قد يفرّق بين المقام وغيره من المقامات ، باعتبار كون المال أجمعه ملكاً للمريض ليس لأحد فيه شيء حال بيعه ، وليس بطلان البيع فيه انكشاف بطلان ، بل حدوث ملك للوارث بموت المورّث ، فكان البيع حال وقوعه وقع على المحاباة بما زاد على ما قابل الثمن من المبيع ، إلّا أنّ في الزائد على الثلث منه تعلّق حقّ للوارث ، وإن انتقل إليه قبل الموت انتقالاً متزلزلاً ، فإن لم يجز الوارث تبطل المحاباة فيه .

فمع فرض تناول ما دلّ على خروج التبرّعات من الثلث للمحاباة لا شكّ في إرادة ما يقوله المشهور من خروجها؛ ضرورة أنّ المعنى : وقوع المحاباة في الثلث خاصّة ، وفي غيره على الإجازة وكون الثمن

---

(١) المصدر قبل السابق.

مقابل ما يساويه من المبيع ، إلّا أنّه لمّا منع الربا من إجراء ذلك في الربوي احتيج إلى ما عرفت .

بخلاف المقام الذي لا ربا فيه ، وظاهر دليله المذكور اختصاص مقابلة الثمن بما يساويه ، وأنّ التحابي وقع في الثلث وغيره ، ولا أقلّ من أن يكون ذلك مخصّصاً لتلك القاعدة بعد تسليم شمولها للمقام ، ومن ذلك يظهر قوّة قول المشهور .

وعلى كلّ حال ، فقد بان لك الحال في القسمين : الربوي وغيره ، ففي المقام :

لو باع عبداً لا يملك سواه ـ وقيمته ثلاثون ـ بعشرة فقد حابى بثلثي ماله ، فعلى المشهور يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن لاستحقاق أحدهما بالمحاباة والآخر بالثمن .

ج ٢٨ ٤٧٠

وعلى قول الفاضل يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن وينفسخ البيع في الباقي ؛ لأنّ فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذّر جميعه ، كما سمعته في الربوي الذي يشبه نظر الفرض فيه ، كما لو اشترى قفيزاً يساوي تسعة بقفيز يساوي ثلاثة .

ولو باع العبد بخمسة عشر كانت محاباته بالنصف ، فعلى المشهور صحّ البيع في خمسة أسداسه بجميع الثمن ؛ وذلك لأنّ الضابط فيه نسبة الثمن وثلث التركة إلى قيمته ، فيصحّ البيع في مقدار تلك النسبة ، وفي الفرض خمسة أسداس .

وعلى قول الفاضل صحّ في ثلثيه بثلثي الثمن[1] نحو ما سمعته في

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٦.

القفيز الذي قيمته ستّة ـ مثلاً ـ ثمّ بيع بثلثيه، الذي قد عرفت أنّ[1] الضابط فيه: إسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث إلى الباقي فيصحّ البيع من قدر تلك النسبة، أو ينسب الثلث إلى المحاباة فيصحّ البيع في قدر تلك النسبة، وعلى التقديرين في الفرض يصحّ البيع في ثلثي العبد بثلثي الثمن، ويبطل في الزائد ثمناً ومثمناً، كما في الربوي.

ولو فرض أنّه خلّف عشرة أُخرى مع العبد المذكور، فعلى قول الفاضل يصحّ البيع في ثمانية أتساع العبد ـ وهي ستّة وعشرون وثلثان ـ بثمانية أتساع الثمن[2] وهي ثلاثة عشر وثلث، وذلك لأنّه قد حابى في الفرض بثلث تركته وثُمن ثلثها، فإذا أسقطنا الخمسة عشر من ثلثين ونسبنا الثلث ـ وهو ثلاثة عشر وثلث ـ إلى الباقي من القيمة وهو خمسة عشر يكون ثمانية أتساعها، أو نسبنا الثلث المزبور إلى المحاباة وهو ثلث التركة وثُمن ثلثها ـ أي خمسة عشر ـ يكون ثمانية أتساعه أيضاً، ويبقى من العبد تسعه وهو ثلاثة وثلث، فإذا ضمّت إلى العشرة وضمّ المجموع إلى الثمن كان مقدار المحاباة مرّتين، وهو الميزان في المقام.

وعلى المشهور يصحّ في نصف العبد وأربعة أتساعه بجميع الثمن؛ وذلك لأنّك إذا نسبت الثمن وثلث التركة إلى قيمة العبد يكون المجموع نصفها وأربعة أتساعها، فيصحّ حينئذٍ في ذلك ويبطل في نصف تسعه،

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٥٣٧.

فيكون نصفه في مقابل الثمن وأربعة أتساعه بالمحاباة. وذلك ثلث التركة، ويبقى في يد الورثة خمسة عشر هي الثمن ونصف تسعه واحد وثلثان مع عشرة، وذلك ضعف المحاباة.

ويمكن على قول الفاضل استخراج ذلك بطريق الجبر والمقابلة في المسائل الثلاث: بأن ينسب الثمن إلى المثمن ويستخرج قدر المحاباة، فللورثة ضعفها من العبد والثمن.

↑ ج ٢٨ / ٤٧١

فيقال في الأُولى: صحّ البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن، فالمحاباة بثلثي شيء، فللورثة شيء وثلث شيء والشيء من العبد، فيبطل من الثمن ثلث شيء، فالثمن في تقدير ثلثي شيء، والعبد في تقدير شيئين، فالشيء خمسة عشر، فللمشتري خمسة عشر هي نصفه، ويرجع إليه من الثمن خمسة، وكذا للورثة.

وفي الثانية: يصحّ البيع في شيء بنصف شيء من الثمن، فالمحاباة بنصف شيء، فللورثة شيء، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء، يبقى لهم نصف شيء من العبد، فيبطل البيع في مقابله، وهو ربع شيء من الثمن، فالعبد في تقدير شيء ونصف، والثمن في تقدير نصف شيء وربع، فالشيء إذاً عشرون.

وفي الثالثة: يصحّ البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة والثمن، وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن، فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شيء ونصف، فالشيء إذاً ستّة وعشرون وثلثان.

إلى غير ذلك ممّا هو ليس وظيفة الفقيه ، وإن أطنب فيه جماعة من العلماء [١]، خصوصاً ثاني الشهيدين في المسالك ، فإنّه ذكر استخراج ذلك بهذا الطريق وطريق الخطأين أيضاً في الربوي [٢].

والأمر سهل على العارف بطريقة الحساب ، والأسهل لغيره ما ذكرناه بالطريق الأوّل ، والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا أعتق أمته [٣] في مرض الموت، وتزوّج﴾ بها جاعلاً مهرها عتقها ﴿ودخل بها، صحّ العتق والعقد [٤] وورثت [٥]﴾ بالزوجيّة ﴿إن خرجت [٦] من الثلث﴾ خلافاً للمحكي عن الشافعي ، فإنّه قال : لا ترث [٧].

﴿وإن لم تخرج فعلى ما مرّ من الخلاف [٨]﴾ في الخروج من الأصل والثلث ، فعلى الأوّل أيضاً يصحّ العتق والعقد وترث ، وعلى الثاني يعتق منها قدر الثلث .

---

(١) كالشهيد الأوّل في غاية المراد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٠...

(٢) مسالك الأفهام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣٢١...

(٣) في بعض النسخ ـ كما في نسختي الشرائع والمسالك ـ : إذا أعتقها.

(٤) في نسخة الشرائع: صحّ العقد والعتق.

(٥ و٦) في نسختي الشرائع والمسالك: وورثته... اخرجت.

(٧) الحاوي الكبير: ج ٨ ص ٢٨٤.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: في المنجّزات.

وربّما احتمل[١] بطلان العتق أيضاً؛ لأنّه لم يعتقها إلّا على تقدير التزويج بها، ولا ريب في ضعفه.

نعم، لا ترث لبطلان النكاح بتبعّض البضع، وهل لها عوض البضع شيء؟ وجهان كما عن شرح الإرشاد للشهيد: من أنّه لم يجعل لها عوضاً سوى عتق رقبتها، وقد بطل في الزائد على الثلث وصار حقّاً للوارث، فلم تستحقّ غيره[٢]، وكأنّه ظاهر الفاضل في القواعد[٣]. ومن إلحاقها بمن أمهرها قدر قيمتها، فإنّ المسمّى يبطل ويستحقّ من مهر المثل بالنسبة، ويدخلها الدور حينئذٍ كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

↑ ج ٢٨ / ٤٧٢

وفيه [قوّة][٤]؛ لقاعدة عدم خلوّ الوطء المحترم عن عوض، فلو كان مهر مثلها بقدر قيمتها في الفرض المذكور ولم يخلّف سواها عتق نصفها، وتستحقّ من مهر المثل مثله، ولا يحسب من الثلث لأنّه كعوض الجناية، فيكون للورثة شيئان مقابل ما عتق منها، وحينئذٍ فيكون في تقدير أربعة أشياء: ربع منها بالعتق وربع بالوطء فيكون نصفاً، ويبقى للوارث نصف، هذا.

ولم يصرّح المصنّف بجعل مهرها صداقها[٥]، لكن في قوله: «إن

---

(١) كما في غاية المراد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٣٣.

(٤) الإضافة مأخوذة من جامع المقاصد لتصحيح السياق.

(٥) في هامش المعتمدة نسخة بدلها: «عتقها».

خرجت...» إلى آخره تنبيه على ذلك؛ إذ لو كان قد سمّى لها مهراً لوجب اعتباره من الثلث أيضاً، وكانت كالمسألة الآتية التي فيها الدور. ولو كانت مفوّضة البضع أو المهر لوجب بالدخول بها مهر المثل أو ما يفرضه المفوّض إليه، فيعتبر خروجه من الثلث أيضاً، فلا يتمّ إطلاق أنّها مع خروجها من الثلث يصحّ العقد والعتق.

وأمّا التقييد بالدخول فلمعلوميّة اشتراط نكاح المريض به، وإلّا بطل العقد وترتّب عليه عدم الإرث والمهر.

ولو أعتق أمة وتزوّجها بمهر ودخل صحّ الجميع إن خرجت هي وما زاد عن مهر مثلها من الثلث وورثت، وإن لم تخرج هي من الثلث بطل العتق في الزائد وما قابله من المهر، وإن خرجت هي من الثلث دون مهرها المسمّى بطل المسمّى خاصّة، وصحّ العتق والنكاح، ووجب لها مهر المثل بالدخول وإن زاد على المسمّى؛ لأنّه كالأرش.

وحينئذٍ فالمسألة دوريّة أيضاً؛ لأنّ معرفة ما انعتق منها إنّما يكون إذا عرف مقدار ما يبقى من التركة بعد ما تستحقّه من المهر، وبالعكس، فنقول: عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء، وللورثة شيئان ضعف ما عتق منها، فيكون ذلك بتقدير أربعة أشياء مع فرض بقاء ذلك من التركة، بأن يكون قد خلّف مثلها معها، فالشيء حينئذٍ نصفها.

ومن ذلك يعرف الوجه في:

المسألة ﴿السادسة﴾

وهي: ﴿لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته، ثمّ أصدقها الثلث

﴿الآخر﴾ مثلاً ﴿ودخل ثمّ مات، فـ﴾إنّه لا إشكال في أنّ ﴿النكاح صحيح، و﴾ في أنّه ﴿يبطل[1] المسمّى﴾ مع عدم إجازة الوارث على المختار ﴿لأنّه زائد على الثلث﴾ ولأنّه لو صحّ لزم الدور؛ لتوقّف صحّته على ثبوت النكاح، المتوقّف على العتق، المتوقّف على بطلان المهر؛ لقصور الثلث عن قيمتها مع صحّته، وهذا هو الدور المحال، لا الدور الجائز[2] في نظائر المسألة؛ ضرورة أنّه على ما عرفت ممّا يستلزم ثبوته نفيه، وهو محال.

ج ٢٨ / ٤٧٣

ومن هنا لم يعرف مخالف في المسألة، وإن حكي عن التذكرة أنّه حكى قولاً ـ لم يعيّن قائله ـ: أنّ المعتقة تتخيّر؛ فإن عفت عن مهرها عتقت وصحّ النكاح، وإن لم تعف كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها[3]، وفي جامع المقاصد: «أنّه لا بُعد فيه»[4].

لكن لا ريب أنّ الأقوى ما سمعت.

﴿و﴾ كيف كان، فهي ﴿ترثه﴾ بل ﴿وفي ثبوت مهر المثل﴾ لها ﴿تردّد﴾: من استلزام ثبوته الدور المزبور، ومن جريانه مجرى أرش الجناية التي هي من الأصل، ومع منع اقتضائه الدور باعتبار عدم ترتّبه على صحّة النكاح، بل على مجرّد الوطء.

والطريق حينئذٍ إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبها من مهر المثل أن

---

(١) في نسخة الشرائع: بطل.

(٢) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ بدلها: الجاري.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في المسائل الدورية ج ٢ ص ٥٤٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٢٢٠.

يقال: إنّه إمّا أن يساوي قيمتها، أو ينقص عنها، أو يزيد:

ففي الأوّل يقال: عتق منها شيء، ولها من مهر المثل شيء، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر الذي هو من الأصل، فالتركة إذاً في تقدير أربعة أشياء، فلو فرض قيمتها مائة ومهر المثل مائة وبقي من التركة ـ غير رقبتها ـ مائتان، فالشيء خمسة وسبعون، فيعتق منها ثلاثة أرباعها، ولها ثلاثة أرباع مهر المثل، وللورثة مائة وخمسون ضعف ماعتق منها.

ولو فرض زيادة قيمتها عن مهر المثل، بأن كان بقدر نصف قيمتها وهي مستوعبة للتركة، فالدور أيضاً لازم بسبب الدخول بها؛ لاستحقاقها به من مهر المثل قدر ما عتق منها، ونفوذ العتق في ثلث الباقي منها بعد القدر الذي تستحقّه من مهر المثل، وبزيادته تقلّ التركة، فيقلّ المنعتق منها، وبنقصانه يزيد، فيقال: عتق منها شيء، ولها من مهر المثل نصف شيء، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرّتين.

فالتركة في تقدير ثلاثة أشياء ونصف، فإذا بسطت من جنس الكسر تكون سبعة لها منها ثلاثة، اثنان من نفسها بالعتق وواحد بالمهر، وللورثة أربعة فينعتق مقدار سبعي التركة من الجارية، ولها من مهر المثل سبع آخر، وللورثة في مقابلة ما انعتق منها أربعة أسباع، فيتحرّر ثلاثة أسباعها؛ لأنّ ما استحقّته من نفسها مهراً يجب انعتاقه أيضاً.

بل في القواعد أنّه «لو أراد الورثة أن يدفعوا حصّتها من مهرها ـ وهو سبعها ـ وينعتق منها سبعاها، ويسترقّوا خمسة أسباعها، فليس

لهم ذلك»[١].

ج ٢٨ / ٤٧٤

وإن كان هو خلاف المحكي عنه في التحرير: من أنّ لهم ذلك[٢].

وفي محكيّ التذكرة: «ثمّ السبع المصروف إن رضيت به بدلاً عمّا لها من المهر فذاك، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأوّل، وإن امتنعت بيع سبعها في مهرها»[٣].

ولعلّ المحصّل من ذلك أنّ في المسألة قولين:

أحدهما: أنّ الورثة يخيّرون[٤] في دفع دينها الذي استحقّته مهراً لما عتق منها، فإن دفعوه من عينها ورضيت به عتق بملكها إيّاه، وإن أرادوا دفعه من محلّ آخر ويبقى سبع الجارية ملكاً لهم كان لهم ذلك؛ لأنّهم مخيّرون في جهات الأداء.

الثاني: أنّه لا خيار للورثة؛ لأنّ السعي في باقي القيمة لتعتق ثابت، فإذا ثبت لها في التركة دين كان انعتاقها منه بطريق أولى، ولا يكون للورثة خيار، وهو واضح بناءً على السعي، من غير فرق في هذه المسألة ونظائرها.

وهل لها أن تمتنع من قبول بعضها مهراً عوض المهر؟ صريح كلام التذكرة توقّف الأمر على رضاها، وهو متّجه بناءً على أنّ السعي وعدمه

---

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٥٤.

(٢) تحرير الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٣ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصايا / في المسائل الدورية ج ٢ ص ٥٤٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) في بعض النسخ: يجيزون.

منوط برضاها، وفي جامع المقاصد: «هو محتمل»[١]، ولتمام الكلام في ذلك محلّ آخر.

ولو فرض زيادة مهر المثل عن قيمتها وفرض كونه بقدرها مرّتين، قلنا: عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيئان، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرّتين، فالتركة حينئذٍ في تقدير خمسة أشياء، ومقتضى ذلك انعتاقها حينئذٍ أجمع؛ لعدم مزاحمة حقّ الورثة لمهر المثل الذي هو من الديون. نعم، يأتي فيه البحث السابق من أنّ للورثة الدفع من غير عينها.

ولقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّ إطلاق المصنّف صحّة النكاح مبنيّ على عدم وجوب مهر المثل، ليتمّ العتق حينئذٍ في جميعها، أمّا إذا حكمنا فيه بشيء بطل العتق بسببه، فيبطل النكاح للتبعّض كالمسألة السابقة.

ويمكن أن يريد المصنّف بصحّة النكاح ثبوته فعلاً على وجهٍ يترتّب عليه استباحة وطئها بذلك العقد؛ لأنّه محكوم بصحّته إلى الموت. ↑ ج ٢٨ / ٤٧٥

ووجه الصحّة: وجود المقتضي و[٢]صدور العقد من أهله في محلّه، وانتفاء المانع؛ إذ لا حقّ لغيره الآتي[٣] في رقبتها، وإنّما ينكشف ذلك عند الموت، كما عن التحرير التصريح به[٤].

---

(١) جامع المقاصد: الوصايا / تصرّفات المريض ج ١١ ص ٢٢٤.

(٢) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ: وهو.

(٣) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ بدلها: الآن.

(٤) تحرير الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٣ ص ٣٩٨.

هذا كلّه على المختار من الوقوف على الثلث ﴿وعلى القول الآخر﴾ أي النفوذ من الأصل ﴿يصحّ الجميع﴾ كما هو واضح.

وهذا آخر الكلام في هذه المسائل، وإن أطنب الفاضل في القواعد فيها وفي نظائرها[1]، لكن من أحاط بما ذكرنا علم الحال فيها أجمع.

ويتلوه الكلام في كتاب النكاح، والله الموفّق والمؤيّد والمسدّد، والحمد لله أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلّى الله على محمّد وآله الطيّبين الطاهرين الغرّ الميامين.

ج ٢٨ / ٤٧٦

(١) قواعد الأحكام: الوصايا / تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٤٧...

محتويات الكتاب

كتاب الوقوف والصدقات

في الوقف

في اللواحق:

في الصدقة

كتاب السكنى والحبس

كتاب الهبات

كتاب السبق والرماية

كتاب الوصايا